

WYROK

z dnia 21 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **21 kwietnia 2022 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **1 kwietnia 2022 r.**

przez wykonawcę: **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozwój systemu PansaUTM do nowej wersji oraz usługa wsparcia technicznego* (nr postępowania 267/PAŻP/2021/AZP) prowadzonym przez zamawiającego: **Polska Agencja Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie i HAWK-E sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** [„Przystępujący”]

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Sygn. akt KIO 923/22

Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

Polska Agencja Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie {dalej: „PAŻP” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp” lub „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Rozwój systemu PansaUTM do nowej wersji oraz usługa wsparcia technicznego* (nr postępowania 267/PAŻP/2021/AZP).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 22 grudnia 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_248-pod nr 657754.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

22 marca 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie i HAWK-E sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach {dalej: „Konsorcjum Asseco” lub „Przystępujący”}.

1 kwietnia 2022 r. Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Pentacomp” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego i zaniechania przez niego odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Asseco.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco jako niezgodnej z warunkami zamówienia z powodu przekroczenia określonego przez Zamawiającego limitu wynagrodzenia z tytułu świadczenia Usług Wsparcia Technicznego, który nie mógł przekroczyć 40% wartości netto wynagrodzenia z tytułu świadczenia Usług Rozwoju oraz ingerencji w treść formularza cenowego.
2. Art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Asseco, która powinna zostać odrzucona, a zatem nie jest najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco jako niezgodnej z warunkami zamówienia.
3. Ponownego badania i oceny ofert.
4. Dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Pentacompu.

Z uzasadnienia odwołania wynika, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty został

oparty na ustaleniu, że w wyniku poprawienia przez Zamawiającego oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Konsorcjum Asseco składające się na jej cenę wynagrodzenie z tytułu świadczenia usług wsparcia technicznego wynosi 3.378.608,04 zł, co stanowi 40,000000473567781% wysokości wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług rozwoju.

Według Odwołującego w ten sposób powyższa oferta stała się niezgodna z pkt 2.2. rozdziału XV SWZ określającego sposób obliczenia ceny oferty, w którym to postanowieniu Zamawiający zastrzegł, iż *wynagrodzenie z tytułu świadczenia Usług Wsparcia Technicznego nie może przekroczyć 40% wartości wynagrodzenia z tytułu świadczenia Usług Rozwoju. Przekroczenie wartości 40% będzie stanowiło podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z SWZ.*

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób odnosząc się do zarzutu odwołania.

Wprowadzone ograniczenie proporcji procentowej wynagrodzenia za utrzymanie w stosunku do wynagrodzenia za usługi rozwoju miało na celu wykluczenie sytuacji, z jednej strony zawyżenia wyceny elementu usługi, za który wykonawca wcześniej otrzyma wynagrodzenie, a z drugiej braku mobilizacji wykonawcy do należytego wykonania usługi rozwoju z uwagi na niedoszacowanie wynagrodzenia za ten element.

W przypadku oferty Przystępującego powyższy cel został osiągnięty, a oferta ta jest korzystniejsza od oferty Odwołującego. W tej sytuacji w kategoriach absurdu należy traktować zarzut, którego podstawą faktyczną jest przekroczenie o 1/10 mln % wspomnianej granicy. Podobnie jak tworzenie sztucznego zarzutu niedopuszczalnej zmiany formuły matematycznej w formularzu przygotowanym przez Zamawiającego dla ułatwienia wykonawcom sporządzenia oferty. Zwłaszcza w sytuacji, w której nie wiadomo, czy faktycznie Przystępujący coś zmienił, gdyż Zamawiający otrzymał ofertę w postaci pliku w formacie pdf.

Podkreślił, że formalizm w postępowaniach o udzielenie zamówienia nie może być celem samym w sobie.

Z uwagi na powyższe uczynienie zadość żądaniu odwołania prowadziłyby w istocie do naruszenia zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 16 pkt 3 pzp.

Alternatywnie zwrócił uwagę, że w przypadku nakazania ponownego badania i oceny ofert zwróciłby się do Przystępującego o wyrażenie zgody na poprawienie w trybie art. 223 ust. 12 pkt 3 pzp jako tzw. innej omyłki ceny jednostkowej za usługę wsparcia przez jej obniżenie o 0,01 gr, co nie byłoby istotną zmianą treści oferty. W ten sposób cena oferty wpisana przez Przystępującego pozostałaby niezmienną, a proporcja jednej części wynagrodzenia względem drugiej nie przekraczałaby badanego progu, niezależnie od dokładności jej obliczenia. Podkreśla, że Zamawiający na poprawienie nie musiałby zwracać się do wykonawcy o jakiegokolwiek wyjaśnienia.

Tym niemniej uważał, że aktualnie udział pierwszego wynagrodzenia względem drugiego wynosi 40%, gdyż należy choćby przez analogię do określania wynagrodzenia w złotych brać pod uwagę zaokrąglenia.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i poparł argumentację Zamawiającego.

Podkreślił, że złożona przez niego oferta okazała się najkorzystniejsza, czyli najlepsza, pomimo tego, że zawierała najwyższą cenę spośród złożonych. W tej sytuacji Odwołujący usilnie poszukiwał zarzutu, który mógłby postawić, pomimo że oferta Przystępującego jest w pełni zgodna z warunkami zamówienia.

Jednocześnie nie zaprzeczył, że doszło do zmiany formuły w pliku przygotowanym przez Zamawiającego do wykorzystania przez wykonawców, co jednak nie ma jego zdaniem żadnego znaczenia dla ważności złożonej przez niego oferty.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutem odwołania zaniechaniem odrzucenia oferty wybranej przez Zamawiającego może

ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

1. Odnośnie treści specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ” lub „specyfikacji”}:

Brzmienie postanowień SWZ (w tym wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2) odnośnie zakresu przedmiotu zamówienia, sposobu rozliczania usług nim objętych, wymaganego sposobu przygotowania oferty w zakresie wyrażenia ceny:

§ 2 Przedmiot Umowy

1. Przedmiotem Umowy jest świadczenie przez Wykonawcę Usług Rozwoju oraz Usług Wsparcia Technicznego dla PansaUTM („Przedmiot Umowy”).

2. W ramach świadczenia Usług Rozwoju Wykonawca zobowiązuje się w szczególności do:

2.1. uczestnictwa w spotkaniach familiaryzacyjnych mających na celu zapoznanie Wykonawcy ze specyfikacją i z istniejącymi funkcjonalnościami PansaUTM oraz doprecyzowanie, we współpracy z Zamawiającym, sposobu realizacji Projektów;

2.2. przygotowania, na podstawie Harmonogramu ramowego i ustaleń ze spotkań familiaryzacyjnych, Harmonogramu szczegółowego dla każdego z Projektów;

2.3. opracowania Planów Testów realizowanych w ramach Usług Rozwoju;

2.4. opracowania Specyfikacji funkcjonalno-technicznej dla każdego Projektu;

2.5. wykonania i wdrożenia Modyfikacji realizowanych w ramach Projektów, w sposób opisany w Umowie i OPZ; 2.6. wykonywania i wdrażania Modyfikacji realizowanych na podstawie Zleceń Zamawiającego, zgodnie z procedurą opisaną w § 7 Umowy;

2.7. przygotowania i konfiguracji środowiska testowego PansaUTM lub w innym środowisku, wskazanym i zarządzanym przez Zamawiającego;

2.8. sporządzenia i dostarczenia do Zamawiającego Dokumentacji powstałej w wyniku realizacji Usług Rozwoju oraz aktualizacji istniejącej dokumentacji PansaUTM w związku z wykonaniem Modyfikacji;

2.9. przeprowadzenia testów wewnętrznych Modyfikacji wykonanych w ramach Projektów i Zleceń oraz sporządzenia dziennika z testów wewnętrznych, raportu z testów wewnętrznych oraz specyfikacji procedury testowej (zgodnie z wzorami stanowiącymi załączniki do Ramowego Planu Testów), przed przekazaniem Modyfikacji Zamawiającemu celem dokonania odbioru zgodnie z § 9 Umowy;

2.10. przekazania Zamawiającemu dokumentów, o których mowa w pkt 2.8. powyżej,

zgłoszenia Zamawiającemu Modyfikacji do odbioru, zgodnie z postanowieniami § 9 Umowy, oraz instalacji Modyfikacji na środowisku testowym;

2.11. przeprowadzenia Warsztatów szczegółowo opisanych w § 9a Umowy;

2.12. udziału w przeprowadzanych przez Zamawiającego testach w ramach Odbioru ŚT (tj. testach akceptacyjnych, testach bezpieczeństwa i testach produkcyjnych) PansaUTM z Modyfikacjami;

2.13. opracowania i przekazania Zamawiającemu Deklaracji WE o przydatności do wykorzystania Modyfikacji każdego z Projektów (części składowych PansaUTM);

2.14. ścisłej współpracy z Zamawiającym oraz wskazanym przez niego podmiotem zewnętrznym w przypadku powierzenia przeprowadzenia testów takiemu podmiotowi;

2.15. współpracy z Zamawiającym w trakcie procesu Akredytacji PansaUTM;

2.16. sporządzenia planu instalacji Modyfikacji na środowisku produkcyjnym PansaUTM (zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik do Ramowego Planu Testów) oraz przeprowadzenia migracji Umowa nr PAŻP/21-...../AZHU Postępowanie nr 267/PAŻP/2021/AZP Strona 5 z 95 danych na środowisko produkcyjne oraz instalacji Modyfikacji na środowisku produkcyjnym (w tym sporządzenia raportu z instalacji, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik do Ramowego Planu Testów);

2.17. uruchomienia operacyjnego PANSa UTM w wersji uwzględniającej Modyfikacje i Interfejsy; 2.18. udziału w testach Odbioru Końcowego Projektu przeprowadzanych przez Zamawiającego, zgodnie z Ramowym Planem Testów.

3. W ramach Usług Wsparcia Technicznego Wykonawca zobowiązuje się w szczególności do zapewnienia prawidłowego i nieprzerwanego działania PansaUTM, w szczególności poprzez:

3.1. świadczenie usług utrzymania oraz usług konserwacyjnych i konsultacyjnych, w tym w szczególności: 3.1.1. zarządzanie bazami danych systemu Postgres, REDIS;

3.1.2. zarządzanie serwerami LINUX DEBIAN;

3.1.3. zarządzanie systemem kolejkowym Rabbit MQ;

3.1.4. zarządzanie kontenerami Docker; 3.1.5. zarządzanie oprogramowaniem Traefik;

3.1.6. zarządzanie serwerem web NGINX;

3.1.7. zarządzanie repozytorium kodu i dokumentacją;

3.1.8. monitoring PansaUTM poprzez narzędzia GrayLog i Grafana;

3.1.9. zasilanie bazy danych danymi o przestrzeniach i strefach geograficznych (okresowe aktualizacje w cyklu AIRAC, ewentualnie częściej - w razie potrzeb);

3.1.10. aktualizacje komponentów oprogramowania systemowego i aplikacyjnego, wykorzystywanego przez PansaUTM (dostarczenie i wdrożenie dostępnych na rynku

aktualizacji), a w przypadku, kiedy Zamawiający podejmie decyzję o samodzielnej aktualizacji komponentów oprogramowania systemowego i aplikacyjnego wykorzystywanego przez PansaUTM, udzielenie wsparcia we wdrożeniu aktualizacji;

3.1.11. zapewnienie zgodności i ciągłości działania funkcji PansaUTM, w tym niewerbalnej komunikacji poprzez dedykowane Interfejsy (API), w tym warstwy integracji PansaUTM z aplikacjami zintegrowanymi z PansaUTM, w szczególności aplikacją mobilną DroneRadar;

3.2. usuwanie Błędów PansaUTM na zasadach określonych w SLA, z zastrzeżeniem postanowienia § 11 ust. 1 Umowy.

4. Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji na Modyfikacje i Interfejsy wykonane w ramach Umowy oraz wszelkie inne Utwory, odebrane przez Zamawiającego i zobowiązuje się do świadczenia gwarancji, na zasadach i w okresie określonym w § 16 Umowy.

§ 12 Cena Umowy i warunki płatności

1. Maksymalna łączna cena brutto za wykonanie Przedmiotu Umowy, zwana dalej „Maksymalną Ceną

Umowy”, wynosi ... (słownie: ...), w tym cena netto wynosi ... zł (słownie: ...) i kwota podatku VAT wynosi ... zł (słownie: ...), w tym:

1.1. łączne maksymalne wynagrodzenie z tytułu świadczenia Usług Rozwoju nie przekroczy kwoty... zł (słownie: ...) netto plus podatek VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami, co daje razem kwotę brutto ... zł (słownie: ...), z czego:

1.1.1. łączne maksymalne wynagrodzenie za wykonanie i wdrożenie Modyfikacji w ramach realizacji Projektów oraz na podstawie Zleceń nie przekroczy kwoty ... (słownie: ...) netto, tj. ... (słownie: ...) brutto, co stanowi iloczyn maksymalnej liczny roboczogodzin tj. 36 500 (słownie: trzydziestu sześciu tysięcy pięciuset) roboczogodzin) oraz stawki godzinowej wynoszącej ... zł netto (słownie: ...), tj. ... zł (słownie: ...) brutto;

1.1.2. maksymalne łączne wynagrodzenie za przeprowadzenie Warsztatów nie przekroczy kwoty ...zł (słownie: ...) netto, tj. kwoty ... zł (słownie: ...) brutto, co stanowi iloczyn maksymalnej ilości 224 (słownie: dwustu dwudziestu czterech) godzin Warsztatów oraz stawki godzinowej wynoszącej ... zł (słownie: ...) netto, tj. ... (słownie: ...) brutto;

(...)

1.2. wynagrodzenie z tytułu świadczenia Usług Wsparcia Technicznego wynosi ... zł (słownie: ...) netto, tj. ... zł (słownie: ...) brutto za każde dwa miesiące świadczenia Usług Wsparcia Technicznego, tj. łączne wynagrodzenie za świadczenie Usług Wsparcia Technicznego wynosi ... zł (słownie: ...) netto, plus obowiązujący zgodnie z przepisami podatek od towarów i usług VAT, co stanowi łączną kwotę brutto ... zł (słownie: ...),

(...)

6. Zapłata wynagrodzenia określonego ust. 1 pkt 1.1 następować będzie częściami, w następujący sposób:

6.1. z tytułu realizacji Projektu I:

(...)

6.2. z tytułu realizacji Projektu II:

(...)

6.3. Zapłata wynagrodzenia z tytułu realizacji Usług Rozwoju na podstawie Zleceń, poza zleceniami, o których mowa w § 8 ust. 2, następować będzie na podstawie faktur wystawionych przez Wykonawcę na podstawie podpisanych przez Zamawiającego Protokołów Odbioru Zlecenia bez uwag. W przypadku realizacji Zleceń o których mowa w § 8 ust. 2, Wykonawca wystawi fakturę odpowiednio, po podpisaniu przez Zamawiającego Protokołu Odbioru ŚT lub Protokołu Odbioru Końcowego Projektu, w zależności od etapu, na którym Zamawiający dokonał odbioru takiego Zlecenia.

6.4. Zapłata wynagrodzenia określonego ust. 1 pkt 1.1. ppkt 1.1.2 w zakresie realizacji Warsztatów następować będzie w wysokości odpowiadającej ilości faktycznie przepracowanych i udokumentowanych roboczogodzin, wykazanych w zaakceptowanym przez Zamawiającego Raporcie z realizacji Warsztatów, na podstawie faktur wystawionych przez Wykonawcę każdorazowo po przeprowadzeniu Warsztatów.

7. Zapłata wynagrodzenia określonego ust. 1 pkt 1.2 z tytułu świadczenia Usług Wsparcia Technicznego następować będzie na podstawie faktur wystawionych przez Wykonawcę na podstawie zaakceptowanych przez Zamawiającego Raportów z realizacji Usług Wsparcia Technicznego w danym okresie rozliczeniowym bez uwag.

(...)

XIII. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT

1. Wykonawca przedstawia ofertę o treści odpowiadającej treści SWZ. Propozycje rozwiązań m.in. alternatywnych lub wariantowych nie będą brane pod uwagę, a oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.

(...)

3. Zaleca się przygotowanie odpowiednio oferty na Formularzu ofertowym, którego wzór stanowi Załączniki nr 3 do SWZ wraz z Załącznikiem 3a do SWZ

(...)

XV. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY

1. Cena oferty winna obejmować wszelkie koszty (bezpośrednie i pośrednie) wykonania całego przedmiotu zamówienia przedstawionego przez Zamawiającego w niniejszej SWZ, wszelkie podatki (z zastrzeżeniem pkt 7, 8 i 9 poniżej), jak również wszystkie inne koszty

o jakimkolwiek charakterze, które mogą powstać w związku z realizacją przedmiotu zamówienia.

2. Całkowita cena oferty winna być wyrażona w PLN Formularzu ofertowym (Załącznik nr 3 do SWZ) i obliczona zgodnie z tabelą w Formularzu cenowym stanowiącym Załącznik nr 3a do SWZ (jako suma cen za zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne):

2.1. Zamawiający wymaga aby wykonawca w formularzu cenowym ujął i wycenił wszystkie koszty danej pozycji (usługi) w tej pozycji formularza. Zamawiający nie dopuszcza by koszty jednej pozycji ujmować i wyceniać w innej pozycji.

2.2. Zamawiający zastrzega, iż wynagrodzenie z tytułu świadczenia Usług Wsparcia Technicznego nie może przekroczyć 40% wartości wynagrodzenia z tytułu świadczenia Usług Rozwoju. Przekroczenie wartości 40% będzie stanowiło podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z SWZ.

(...)

5. Cena oferty musi być wyrażona z dokładnością do 2 miejsc po przecinku, zgodnie z polskim systemem płatniczym po zaokrągleniu do pełnych groszy (2 miejsca po przecinku), przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki równe i powyżej 0,5 grosza zaokrągla się do 1 grosza.

(...)

Uwagi zamieszczone nad tabelą w Formularzu ofertowym (stanowiącym załącznik nr 3a do SWZ):

Sposób wypełnienia arkusza:

1. Do wypełnienia i edycji przez Wykonawcę przeznaczone są wyłącznie komórki oznaczone kolorem niebieskim.

2. Zamawiający nie dopuszcza samodzielnego dokonywania zmian ustalonych w arkuszu formuł obliczających cenę.

3. Cenę poszczególnych pozycji netto w kol. E należy podawać z dokładnością do 2 miejsc po przecinku [„.”] (nie używać spacji, kropek ani innych separatorów, gdyż spowoduje to niewłaściwe działanie formuł i może skutkować koniecznością odrzucenia oferty za błędy w obliczeniu ceny!)

4. Komórki oznaczone kolorem niebieskim w kol. E zostały sformatowane jako walutowe. Aby wskazać wartość np. 10,50zł, wystarczy wpisać i zatwierdzić w komórce wartość 10,5 - symbol „zł” zostanie dodany automatycznie (cena 1,00 zł w każdej pozycji została wpisana wyłącznie w celu prezentacji i weryfikacji prawidłowego działania formuł obliczających cenę – Wykonawca wskazuje cenę każdej pozycji wedle własnego uznania)

5. Komórki oznaczone kolorem niebieskim w kol. H zostały sformatowane jako procentowe.

Aby wskazać wartość stawki VAT np. 23%, wystarczy wpisać i zatwierdzić w komórce wartość 23 – symbol „%” zostanie dodany automatycznie. Zamawiający w tej kolumnie wskazał sugerowaną stawkę podatku VAT. Wykonawca może ją zmienić, na właściwą w swojej ocenie.

6. W wierszu 14 Zamawiający przygotował formułę, która wskazuje maksymalną, dopuszczalną wartość wynagrodzenia netto za usługi wsparcia stanowiącą 40% wynagrodzenia netto (komórka G11) za usługi rozwojowe tj. maksymalnie kwotę.

Przy czym komórka zawierająca formułę, o której mowa w wierszu 14. [=G11 (czyli Łącznego maksymalnego wynagrodzenia z tytułu świadczenia Usług Rozwoju) *40%] została tak sformatowana, że zarówno wartości liczbowe, jak i czterdziestoprocentowa wartość zostały zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku.

Reasumując, powyższe postanowienia rozpatrywane łącznie potwierdzają, że celem wprowadzenia przez Zamawiającego klauzuli regulującej szczególny podział ceny oferty było wykluczenie sytuacji: z jednej strony zawyżenia wyceny usługi wsparcia, gdzie wykonawca otrzymuje systematycznie wynagrodzenie za kolejne okresy rozliczeniowe należytego wykonywania określonych czynności, a z drugiej braku mobilizacji wykonawcy w wykonywaniu usługi rozwoju, gdzie co do zasady wynagrodzenie przysługuje w razie odebrania określonego rezultatu (dzieła) przez Zamawiającego, z uwagi na niedoszacowanie wynagrodzenia za ten element przedmiotu zamówienia.

Natomiast z przywołanego powyżej postanowienia zasadniczego dokumentu SWZ odnośnie sposobu przygotowania oferty nie wynika, aby Zamawiający wymagał użycia pliku zawierającego formularz cenowy, co było jedynie zalecane w stosunku do formularza ofertowego, którego załącznikiem jest formularz cenowy. W konsekwencji nie ma podstaw, aby określony w załączniku nr 3a do SWZ sposób wypełnienia arkusza traktować jako coś więcej niż zalecenia służące ułatwieniu prawidłowego sporządzenia treści oferty w zakresie określenia jej ceny z uwzględnieniem wymogu klauzuli, o której mowa powyżej.

Stąd dla osiągnięcia założonego celu Zamawiający tak przygotował formuły matematyczne we wzorze formularza cenowego, aby na bazie danych wejściowych określonych przez oferenta zautomatyzować wyliczenia, w tym odnośnie aspektu relacji wysokości jednej części wynagrodzenia do drugiej. Przy czym nic nie wskazuje na to, aby Zamawiający zainteresowany był większą dokładnością wyników tych obliczeń, również w odniesieniu do wartości procentowej, niż w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku.

Innymi słowy zawarte w komórkach arkusza kalkulacyjnego z załącznika nr 3a do SWZ gotowe formuły matematyczne są narzędziem służącym prawidłowemu obliczeniu ceny oferty, w tym dochowaniu szczególnego wymagania formalnego co do określonego jej

podziału na dwa zasadnicze elementy, a nie stanowią same w sobie odrębnego wymagania formalnego.

Przy czym formuła matematyczna z komórki G14, wyliczająca wysokość wynagrodzenia za usługę wsparcia jako 40% wynagrodzenia za usługi rozwojowe, z jednej strony świadczy o tym, że Zamawiający nie spodziewał się, że którykolwiek z oferentów będzie chciał zejść poniżej tej granicy. Z drugiej strony w świetle klauzuli z pkt 2.2. rozdziału XV SWZ było to oczywiście dozwolone, co dodatkowo potwierdza niewiążący, pomocniczy charakter formuł obliczeniowych w komórkach arkusza udostępnionego zainteresowanym wykonawcom przez Zamawiającego.

2. Odnośnie treści oferty Konsorcjum Asseco z uwzględnieniem czynności dokonanych w toku jej badania przez Zamawiającego:

Pismem z 1 lutego 2022 r. Zamawiający – wskazując, że działa na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp – zawiadomił Konsorcjum Asseco o poprawieniu stwierdzonej przez niego w formularzu cenowym oczywistej omyłki rachunkowej przy obliczeniu w wierszu 2.1. wartości netto wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług wsparcia z 3.378.608,00 zł na 3.378.608,04 zł [= 12 x 281.550,67 zł (cena jednostkowa za wsparcie w 2-miesięcznym okresie rozliczeniowym), zgodnie z wzorem określonym dla tego pola formularza)], a w konsekwencji o poprawieniu:

- 1) w wierszu 2.1. wartości brutto wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług wsparcia z 4.155.687,84 na 4.155.687,89 zł,
- 2) łącznego wynagrodzenia netto za zamówienie podstawowe (sumy wierszy 1.1.,1.2.i 2.1.) z 11.825128,00 zł na 11.825.128,04 zł,
- 3) łącznej wartości brutto za zamówienie podstawowe (sumy wierszy 1.1.,1.2. i 2.1.) z 14.544.907,44 zł na 14.544.907,49 zł,
- 4) całkowitej ceny oferty (sumy cen za zamówienie podstawowe i opcjonalne) netto z 16.425.128,00 zł na 16.425.128,04 zł;
- 5) całkowitej ceny oferty (sumy cen za zamówienie podstawowe i opcjonalne) brutto z 20.202 907,44 zł na 20.202 907,49 zł, również w treści formularza ofertowego (i dodatkowo słownego wyrażenia tych kwot).

Za oczywiste należy uznać, że czynność dokonana przez Zamawiającego nie została podjęta w celu ustalenia takiej treści poprawianej oferty, która byłaby niezgodna z warunkami tego zamówienia

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że przed dokonaniem powyższej poprawy wpisana przez Konsorcjum Asseco łączna kwota maksymalnego wynagrodzenia za usługę wsparcia odpowiadała 40,00% kwoty maksymalnego wynagrodzenia netto za usługi rozwojowe.

Powyższe w wystarczającym stopniu ujawnia wolę Konsorcjum Asseco dochowania wymogu ustanowionego w tym zakresie w specyfikacji.

Przed wszystkim również po dokonanej poprawie znikomej omyłki rachunkowej, która opiewała na zaledwie 5 gr, w ramach ceny oferty Konsorcjum Asseco kwota maksymalnego wynagrodzenia za usługę wsparcia odpowiada 40,00 % kwoty maksymalnego wynagrodzenia netto za usługi rozwojowe.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest oczywiście niezasadne.

Odwołujący bezpodstawnie domaga się odrzucenia oferty Przystępujących, gdyż oferta nie jest ona niezgodna z warunkami tego zamówienia wynikającymi z SWZ.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie art. 223 ust. 2 ustawy pzp obliguje zamawiającego do poprawienia w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich [pkt 1] czy oczywistych omyłek rachunkowych [pkt 2], jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian treści oferty [pkt 3], niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp – zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp – przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice

sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby zrozumienia dalszego wyводу „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Z art. 223 ust. 1 pzp [poprzednio 87 ust. 1 pzp] wynika, że 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. 2 (oraz dialogu konkurencyjnego), dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zmiany te sprowadzają się właśnie do wspomianej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, z uwagi na konieczność uprzedniego zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp [poprzednio art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp]. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż w pierw obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie tych rozbieżności, jeżeli nie mają istotnego charakteru.

Warto przypomnieć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 popzp [odpowiednika obowiązującego art. 223 ust. 2 pzp] było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy popzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to wprost z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich 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. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. 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.

W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) [vide uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11]. Jednocześnie czynność poprawiania oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba podziela również stanowisko [wyrażone już w uzasadnieniu wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 959/09], że rozumienie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp] nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Słownikowe rozumienie słowa „omyłka” oznacza spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. [tak w *Słowniku języka polskiego* pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępnym na stronie <http://sjpd.pwn.pl>]. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może zatem również 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 specyfikacji. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanych poprawieniach omyłki i ewentualne jego zakwestionowanie przez wykonawcę [obecnie art. 226 ust. 1 pkt 11 pzp, poprzednio w art. 89 ust. 1 pkt 7 popz mowa była o braku zgody na poprawienie], niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

Reasumując, jeżeli konkretne okoliczności jednoznacznie nie wskazują odmiennie – należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i na warunkach określonych w specyfikacji. W konsekwencji jeżeli dojdzie do wystąpienia stanu niezgodności treści oświadczenia woli wyrażonego w ofercie z treścią specyfikacji, choćby z powodu niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu oferty, wtedy wprawdzie zamawiający ma obowiązek rzetelnego rozważenia możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp.

Z przepisu tego wprost wynika, że granicą jego zastosowania jest istotna zmiana treści oferty, o czym każdorazowo decydują 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 wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia czy warunków jego realizacji. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia.

Na powyższe uwarunkowania trafnie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 102/09: *W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści*

całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian” należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ponadto jak to słusznie wskazano w uzasadnieniu wyroku z 13 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2810/11: [w] orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Podobne stanowisko Izba zajęła w uzasadnieniach wyroków wydanych 24 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2490/10 i 28 września 2010 r. sygn. akt KIO 1978/10.

Co do możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [aktualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp], gdyż przepis ten wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z wyjaśnień wykonawcy może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem Izby należy odróżnić skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem treści informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień.

Skoro przywołane powyżej przepisy ustawy pzp nie tylko dopuszczają, ale i nakazują usunięcie niezgodności treści oferty z treścią warunków zamówienia w trybie pkt 3 ust. 2 art. 223 pzp, tym bardziej obligatoryjne poprawienie oczywistych omyłek pisarskich lub rachunkowych z pkt 1 i 2 tego artykułu nie powinno służyć tworzeniu takiego stanu. W przeciwnym razie należałoby uznać, że oferta, która w wyniku skorygowania takich oczywistych omyłek stała się niezgodna z warunkami zamówienia, może następnie podlegać usunięciu tej niezgodności jako nieoczywistej omyłki, jeżeli nie powoduje to istotnej zmiany treści tej oferty.

Powyższe instytucje ustawy pzp nie wyłączają również konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp, której przepisy nie regulują odmiennie wykładni oświadczeń woli składanych przez wykonawców i zamawiających, znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Jak to trafnie wywiódł Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 21 czerwca 2007 r. sygn. akt IV CSK 95/07: *Ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. Przy wykładni oświadczenia woli należy – poza kontekstem językowym – brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 kc). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się np. prowadzeniem działalności gospodarczej). Niezależnie od tego z art. 65 § 2 kc wynika nakaz kierowania się przy wykładni umowy jej celem. Nie jest konieczne, aby był to cel uzgodniony przez strony, wystarczy – przez analogię do art. 491 § 2, art. 492 i 493 kc – cel zamierzony przez jedną stronę, który jest wiadomy drugiej. Należy podzielić pogląd, że także na gruncie prawa polskiego, i to nie tylko w zakresie stosunków z udziałem konsumentów (art. 385 § 2 kc), wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę. Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, nie dających usunąć się w drodze wykładni, powinna bowiem ponieść strona, która zredagowała umowę.*

Z kolei z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 17 stycznia 2013 r. sygn. akt I ACa 728/12 wynika, że dyrektywy wykładni oświadczenia woli z art. 65 kc, które nakazują tłumaczyć jego treść nie tylko ściśle przez pryzmat jego literalnego brzmienia, lecz uwzględniać także wskazane w tym przepisie argumenty pozajęzykowe. Przepis art. 65 § 2 kc dopuszcza zatem sytuację, w której właściwy sens oświadczenia woli (umowy) ustalony przy zastosowaniu wskazanych w nim dyrektyw będzie odbiegał od „jasnego”

znaczenia w świetle reguł językowych. Proces interpretacji może się zatem zakończyć dopiero wtedy, gdy treść oświadczenia woli (umowy) jest „jasna” po zastosowaniu kolejnych reguł wykładni (vide: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r., II PK 281/09, LEX nr 602248; z dnia 17 czerwca 2009 r., IV CSK 90/09, LEX nr 512012).

Reasumując, wynikające z przepisów art. 65 Kodeksu cywilnego dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwycono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności. Jest to między innymi efekt spostrzeżenia, że osoba składająca oświadczenie woli powinna zadbać o poprawność jego sformułowania i odpowiada (w znaczeniu ponoszenia prawnych konsekwencji) za niestaranne, a w konsekwencji nieprecyzyjne jego ukształtowanie. Powstaje jednak pytanie, kiedy sens oświadczenia woli nadany mu przez odbiorcę będzie można uznać za właściwy i miarodajny dla oceny skutków prawnych oświadczenia. Przepis art. 65 § 1 kc nakazuje uwzględniać przy wykładni oświadczenia woli okoliczności, w których zostało ono złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast w umowach należy przede wszystkim badać zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Przy czym, jeśli oświadczenie woli (umowa) sformułowana jest w języku, w postaci mówionej lub pisanej, niezbędne jest odwołanie się do dyrektyw wykładni językowej, tzn. należy uwzględnić kontekst językowy i sytuacyjny.

W okolicznościach tej sprawy Odwołujący usiłuje w sposób arbitralny tak zinterpretować, zarówno klauzulę ustanowioną przez Zamawiającego w SWZ, jak i oświadczenie woli wynikające z oferty Przystępującego, aby stworzyć wrażenie niezgodności pomiędzy nimi, wyłącznie na potrzeby wniesionego odwołania, które w istocie oparte jest na wątplych podstawach faktycznych i prawnych.

Niezależnie od powyższego uczynienie zadość żądaniu odwołania prowadziłoby wprost do naruszenia art. 16 pkt 3 ustawy pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek

przeprowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny. Jest to jedna z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań ustawy pzp (w tym art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp) zasad udzielania zamówień publicznych, która chroni wykonawców przed skrajnym formalizmem ze strony instytucji zamawiającej.

Tymczasem w ustalonych powyżej okolicznościach odrzucenie oferty byłoby niezgodne z tą zasadą, przez której pryzmat należy oceniać każdą czynność podejmowaną przez instytucję zamawiającą. Domaganie się przez Odwołującego odrzucenia oferty w pełni zgodnej z merytorycznymi warunkami zamówienia, z powodu rzekomego niedochowania specyficznego wymogu formalnego, który został nadinterpretowany na potrzeby wniesienia odwołania, jest oczywiście nieproporcjonalne. I to nawet do stawianego zarzutu, sprowadzającego się do absurdalnego prowadzenia obliczeń do n-tego miejsca po przecinku, wbrew zdrowemu rozsądkowi i celowi klauzuli wprowadzonej przez Zamawiającego. Przede wszystkim sytuacja, w której zamawiający poprawia w ofercie oczywiste i drobne omyłki w celu stworzenia stanu niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia, należałoby poczytać za prowadzenie postępowania wbrew nie tylko zasadzie proporcjonalności, ale i zasadzie przejrzystości. Zamawiający ma bowiem obowiązek działania w dobrej wierze, a nie w celu zastawienia na wykonawcę, który w nią wpadnie, gdyż nie ma podstaw przypuszczać, że konsekwencją poprawienia oczywistej omyłki w jego ofercie będzie odrzucenie jego oferty.

Jako oczywiście nieadekwatne dla tej sprawy należało ocenić fragmenty uzasadnień, które zostały zacytowane w ramach uzasadnienia odwołania, gdyż dotyczą wyroków Izby wydanych na tle odmiennych stanów faktycznych, w których nie była też przedmiotem rozważań zasada proporcjonalności.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się, na zasadzie § 5 ust. 1 rozporządzenia, uiszczony przez niego wpis.