

WYROK

z dnia 17 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2019 r. przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Łukowski, ul. Piłsudskiego 17, 21-400 Łuków

przy udziale wykonawcy A. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Domax A. M., ul. Grabińska 8, 42-283 Boronów, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach unieważnienie czynności poprawy oferty wykonawcy A. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Domax A. M., ul. Grabińska 8, 42-283 Boronów na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.)

2. kosztami postępowania obciąża Powiat Łukowski, ul. Piłsudskiego 17,

21-400 Łuków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Powiatu Łukowskiego, ul. Piłsudskiego 17, 21-400 Łuków na

rzecz wykonawcy Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)
z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Powiat Łukowski, ul. Piłsudskiego 17, 21-400 Łuków (dalej „zamawiający”) na „Przebudowę drogi powiatowej nr 1350L Adamów-Gołów-Wola Okrzejska km 2+600 - 7+234,60” wykonawca Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy A. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Domax A. M., ul. Grabińska 8, 42-283 Boronów (dalej „przystępujący”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 91 ust. 1, poprzez uznanie, w konsekwencji niezasadnego poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp deklarowanego w ofercie skrócenia terminu zaawansowania, że oferta przystępującego jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu, podczas gdy w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert ofertą najkorzystniejszą jest oferta odwołującego,
2. art. 7, tj. naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zasady prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, poprzez umożliwienie przystępującemu ukształtowania treści złożonej przez niego oferty, już po złożeniu i otwarciu ofert,
3. ewentualnie art. 89 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że jest niezgodna z ustawą bo jej treść pozwala na zmianę deklarowanego w ofercie terminu wykonania 80 % stanu zaawansowania robót po otwarciu ofert, co de facto stanowi o złożeniu dwóch ofert, podczas gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca złożyć może tylko jedną ofertę,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt XIII SIWZ kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była cena stanowiąca 60% wagi oraz termin zaawansowania robót, któremu zamawiający nadał 40% wagi, zgodnie zaś z pkt XIII. 4 SIWZ punkty w kryterium „Termin zaawansowania robót” miały być przyznane wg. następującej reguły:

- za skrócenie terminu zaawansowania robót, o którym mowa w rozdziale IV pkt 2 SIWZ o 10 dni wykonawca otrzyma 20 pkt.
- za skrócenie terminu zaawansowania robót, o którym mowa w rozdziale IV pkt 2 SIWZ o 20 dni wykonawca otrzyma 40 pkt.

Uzupełnił, że w rozdziale IV pkt 2 SIWZ, do którego odsyłał rozdział XIII pkt 4 SIWZ, termin którego skrócenie miało być punktowane w ramach przyjętych kryterium oceny

ofert został zapisany jako „Realizacja zamówienia będzie następowała przy zachowaniu następujących terminów (...) 2) do dnia 28.11.2019r. zaawansowanie wykonania robót budowlanych objętych zamówieniem winno wynosić co najmniej 80%

Odwołujący podał, że pismem z dnia 1 października 2019 r. zamawiający poinformował, że jako najkorzystniejsza wybrana została oferta 1 złożona przez przystępującego - w uzasadnieniu decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający wskazał, że „w toku prowadzonego postępowania, na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp (...) dokonał poprawienia w ofercie P.U.H. DOMAX innych omyłek w wyniku czego oferta (...) jest najkorzystniejsza. Przedmiotowa oferta jest ważna i nie podlega odrzuceniu ”.

Dodatkowo podał, że poprawienie omyłek, o którym mowa w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, polegało - jak wynika z pisma z 24 września 2019 r. - m.in. na dokonaniu zmian w pkt 2 Formularza ofertowego w ten sposób, że zamawiający zdanie „Zaawansowanie wykonania robót budowlanych w 80% zrealizujemy do dnia 28.11.2019r.” poprawił na „Zaawansowanie wykonania robót budowlanych w 80% zrealizujemy do dnia 08.11.2019r.” Stwierdził, że w tym samym piśmie zamawiający uzasadnił: „wobec zakreślenia w formularzu ofertowym w pkt 2 pozycji „ 20 dni ” podana data 28.11.2019 jest inną omyłką w rozumieniu art. 87 ust 2 pkt 3 pzp i możliwe jest samodzielne poprawienie przez Zamawiającego w ofercie daty „28.11.2019” na datę właściwą „08.11.2019” uwzględniającą wolę wykonawcy skrócenia terminu zaawansowania robót o dni 20 od daty granicznej podanej w SIWZ”.

Odwołujący wskazał, że przystępujący w pkt 2 formularza oferty zadeklarował skrócenie terminu zaawansowania robót o którym mowa w rozdziale IV pkt 2 SIWZ o 20 dni oraz oświadczył, że zaawansowanie wykonania robót budowlanych w 80% zrealizuje do dnia

28.11.2019 r. Wskazał także, że pozostali dwaj wykonawcy zadeklarowali skrócenie terminu wykonania o 20 dni oraz zapisali, że zaawansowanie wykonania robót budowlanych w 80% zrealizują do 08.11.2019r.

W ocenie odwołującego rozbieżność między zdaniem pierwszym i drugim formularza ofertowego, w treści pkt 2, polegająca na zamieszczeniu dwóch sprzecznych oświadczeń tj. „Deklarujemy skrócenie terminu zaawansowania robót, o którym mowa w rozdz. IV pkt 2 SIWZ o [x] 20 dni” oraz, że „Zaawansowanie wykonania robót budowlanych w 80% zrealizujemy do dnia 28.11.2019r. ” nie stanowi omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji taka oferta nie może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Stanął na stanowisku, że tak złożone oświadczenie w formularzu oferty nie pozwala stwierdzić, że przystępujący skutecznie zadeklarował wykonanie 80% robót budowlanych w terminie krótszym niż do 28.11.2019 r. a tym samym, że wykonawca ten może uzyskać dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert „Termin zaawansowania robót”, a jego oferta nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą - gdyby bowiem wykonawca faktycznie oferował skrócenie terminu zaawansowania robót o 20 dni to podany w formularzu ofertowym skrócony termin wykonania 80% robót budowlanych powinien wypadać 8 listopada 2019 r. nie zaś jak wpisano w formularzu ofertowym 28 listopada 2019 r.

Zdaniem odwołującego postanowienia formularza oferty w pkt 2 są jasne i spójne - wykonawca, który deklarował skrócenie terminu wykonania o określonej ilości dni (10 dni lub 20) powinien podać również datę, kiedy upływa skrócony termin wykonania 80% robót budowlanych - o tym, że postanowienia SIWZ i oferty były w tym zakresie jasne świadczy analiza ofert pozostałych wykonawców, którzy wskazując o ile skracają termin wykonania 80% robót budowlanych jednocześnie podali do kiedy zrealizują to zobowiązanie.

Podkreślił, że zgodnie z SIWZ wykonawca mógł zaoferować wykonanie 80% robot budowlanych w terminie podstawowym (do 28.11.2019 r.), a konsekwencją takiego działania było uznanie oferty za zgodną z SIWZ lecz nie przyznanie dodatkowych punktów w kryterium „Termin zaawansowania robót”.

Podniósł, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pozwala na poprawienie omyłek, które powodują niezgodność oferty z SIWZ - wyraźnie mówi o tym treść art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, natomiast wpisanie w formularzu ofertowym w pkt 2, że wykonawca zaawansowanie wykonania robót budowlanych w 80% zrealizuje do 28.11.2019r. nie było w tym postępowaniu sprzeczne z SIWZ, ponieważ oznaczało wykonanie 80% robót zgodnie z SIWZ, w terminie podstawowym, za który zamawiający nie przewidział dodatkowych punktów.

Odwołujący podkreślił okoliczności w jakich doszło do złożenia oświadczenia zamieszczonego w pkt 2 oferty - przystępujący dokonał w przedmiotowym postępowaniu istotnej modyfikacji treści złożonej oferty, tj. pismem z dnia 9 września 2019 r. kiedy to upływał termin składania ofert poinformował, że „Wprowadza zmiany w ofercie której otwarcie nastąpi 09.09.2019r. obejmujące: - formularz ofertowy (zmiana ceny ofertowej) - kosztorys ofertowy”.

Odwołujący podał, że modyfikacja polegała na złożeniu nowego, zmienionego formularza oferty oraz zmodyfikowanych kosztorysów ofertowych. Dodał, że nowy formularz oferty zamierał zmienione w stosunku do pierwotnego postanowienia pkt 1 formularza, tj. cenę 4 415 158, 42 zł brutto zamiast 3 453 147,93 zł brutto (zmiana odpowiednio dotyczyła też ceny netto i wysokości podatku VAT) oraz zmienione kosztorysy ofertowe.

Podkreślił, że zmianą nie została objęta zamieszczona na tej samej stronie formularza oferty informacja o skróconym terminie wykonania 80% robót budowlanych.

Odwołujący stwierdził, że zarówno w pierwotnej jak i zmodyfikowanej ofercie przystępujący zadeklarował, że zaawansowanie robót budowlanych w 80% zrealizuje do

28.11.2019 r. W ocenie odwołującego fakt, że oświadczenie o tym, że 80 % robót budowlanych wykonanych zostanie w terminie podstawowym złożone zostało przez tego wykonawcę dwukrotnie, tj. w ofercie pierwotnej i ofercie zmodyfikowanej podważa możliwość uznania, że zapis ten stanowi omyłkę. Wskazał, że na gruncie art. 87 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp podkreśla się, że omyłka nie może być wynikiem zamierzonego działania, a jedynie rezultatem niezgodności między tym co miało zostać zapisane a w rzeczywistości zostało zapisane. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego z dnia 27 czerwca 2008 r. sygn. akt XII Ga 206/08: „ (...) jest to niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z nieprecyzyjności lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Oczywiście omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniała się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy (...)”

Powołał się także na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie sygn. akt XII GA 429/09.: „(...) artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki".

Stwierdził, że fakt, że oświadczenie tej samej treści zostało powtórzone przez przystępującego dwukrotnie wskazuje, że nie stanowiło ono omyłki, ponieważ skoro wykonawca weryfikował treść złożonej oferty to zmianie powinno również ulec brzmienie pkt. 2 formularza oferty, który już na pierwszy rzut oka jest wewnętrznie sprzeczny - o ile przyjmujemy, że intencją wykonawcy było rzeczywiście skrócenie terminu zaawansowania robót. Wskazał, że skoro błąd nie był widoczny dla wykonawcy, który złożył ofertę to tym bardziej brak podstaw do uznania, że powinien być on w ten sposób traktowany przez zamawiającego.

Zdaniem odwołującego również treść samej oferty nie pozwala zweryfikować, czy prawdziwe jest stwierdzenie zawarte w pkt 2 formularza oferty o deklarowanym skróceniu terminu zaawansowania o 20 dni.

Za niezrozumiałe uznał to, na jakiej podstawie zamawiający ustalił, że wolą przystępującego było zadeklarowanie wykonania zamówienia w terminie innym niż

28.11.2019 r.

Podniósł, że sprzeczność w treści oferty może zostać usunięta w trybie właściwym dla prostowania omyłek (czy to pisarskich, czy innych), o ile wiedzę o sposobie ich sprostowania zamawiający może zaczerpnąć z treści samej oferty, gdy tymczasem w przedmiotowym postępowaniu żaden z pozostałych elementów oferty przystępującego nie pozwala stwierdzić, że tylko przez omyłkę wykonawca ten nie podał skróconego terminu zaawansowania robót, przeciwnie - cena niższa o ok. 1,5 mln brutto od kolejnej oferty wskazywałaby raczej, że wykonawca ten nie ujął w niej kosztów przyspieszenia w realizacji robót (większej mobilizacji ludzi i sprzętu w terminie koniecznym do wcześniejszego ukończenia robót), szczególnie, że za niedotrzymanie terminu przewidziana jest bardzo wysoka kara umowna w wysokości 15% wartości umowy brutto.

Stwierdził, że żaden z pozostałych elementów oferty nie pozwala uznać, że

prawdziwe jest oświadczenie przystępującego zawarte w zdaniu pierwszym pkt. 2 Formularza ofertowego (o skróceniu terminu wykonania), nie zaś w zdaniu 2 (zamiarze wykonania 80% stanu zaawansowania robót do 28 listopada 2019r.) wobec czego brak jest w ofercie informacji, które pozwoliłyby zamawiającemu powziąć wiedzę jak rzekomą omyłkę poprawić. Oceniał, że źródłem wiedzy o sposobie poprawienia omyłki jest jedno z dwóch sprzecznych zdań, co jest absurdalne, ponieważ chodziło właśnie o rozstrzygnięcie tej sprzeczności.

W ocenie odwołującego interpretacja oświadczenia zawartego w pkt 2 złożonej oferty powinna być dokonywana również przez pryzmat postanowień SIWZ, ponieważ oferta złożona została w odpowiedzi na SIWZ - zgodnie z SIWZ - rozdział XIII pkt 4 dodatkowe punkty miały być przyznane za skrócenie terminu zaawansowania robót, o którym mowa w rozdziale IV pkt 2 SIWZ. Rozdział IV pkt 2) SIWZ określał zaś termin zaawansowania datą, tj. 28.11.2019 r., co oznacza, że dodatkowe punkty powinny być przyznane za skrócenie terminu określonego datą nie zaś za zaznaczony czasokres skrócenia - jeżeli już, to pierwszeństwo przy wykładni oświadczenia zawartego w ofercie powinna więc mieć wskazana data zakończenia robót nie zaś deklarowany czasokres skrócenia.

Odwołujący stanął na stanowisku, że przyzwolenie na poprawienie rzekomej omyłki w skróceniu terminu wykonania 80% powierzonych robót oznacza, że wykonawca po otwarciu ofert miałby swobodę decydowania o tym, że czy wykonać zamówienie w skróconym terminie (co generuje dodatkowe koszty i ryzyko odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania umowy) czy w bezpieczniejszym terminie podstawowym, co zachwiałoby podstawową zasadą udzielania zamówień, tj. zasadą uczciwej konkurencji w myśl której wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, a oferta wariantowa (również w zakresie terminu wykonania) jest dopuszczalna o ile przewiduje ją SIWZ.

Podsumował, że przystępujący nie zaoferował skutecznie skrócenia terminu zaawansowania robót pozwalającego na ich ukończenie przed 28 listopada 2019 r., wobec czego jego oferta nie może stanowić oferty najkorzystniejszej, a zamawiający niezasadnie dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej po wcześniejszym poprawieniu w niej omyłki w deklarowanym terminie skrócenia terminu wykonania 80 % zaawansowania robót.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej łzbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 9 października 2019 r. - dokumentów wskazanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie - pismo zamawiającego z dnia 10 października 2019 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający łzby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający łzby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający łzby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty:

- uznania, w konsekwencji niezasadnego poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp deklarowanego w ofercie skrócenia terminu zaawansowania, że oferta przystępującego jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1

ustawy Pzp.

- naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zasady prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, poprzez umożliwienie przystępującemu ukształtowania treści złożonej przez niego oferty, już po złożeniu i otwarciu ofert, czym zamawiający naruszył art. 7 ustawy Pzp potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem IV SIWZ „Termin wykonania zamówienia” pkt 2 zamawiający wymagał: „do dnia 28.11.2019 r. zaawansowanie wykonania robót budowlanych objętych zamówieniem winno wynosić co najmniej 80%”.

Zamawiający oczekiwał złożenia oferty na druku Formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ (rozdział X Opis sposobu przygotowania ofert pkt 2).

Zamawiający przewidział, obok ceny o znaczeniu 60%, kryterium „Termin zaawansowania robót” o znaczeniu 40% (rozdział XIII SIWZ Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag kryteriów i sposobu oceny ofert”). Przewidział, że punkty za kryterium „Termin zaawansowania robót” przyzna w następujący sposób: „Za skrócenie terminu zaawansowania robót, o których mowa w rozdziale IV pkt 2 SIWZ, o 10 dni wykonawca otrzyma 20 pkt. Za skrócenie terminu zaawansowania robót, o których mowa w rozdziale IV pkt 2 SIWZ, o 20 dni wykonawca otrzyma 40 pkt.” (rozdział XIII SIWZ pkt 4).

Opracowany przez zamawiającego wzór Formularza ofertowego przewidywał możliwość zadeklarowania przez wykonawcę, poprzez wpisanie znaku „X”, skrócenia terminu zaawansowania robót, o których mowa w rozdziale IV SIWZ pkt 2 o 10 albo 20 dni, a jednocześnie przewidywał podanie przez wykonawcę dnia, do którego zostaną zrealizowane roboty budowlane w 80%.

Przystępujący złożył ofertę - zadeklarował skrócenie terminu zaawansowania robót o 20 dni - znak „X” wpisał obok „20 dni” oraz oświadczył, że wykonanie robót w 80% zrealizuje do 28.11.2019 r.

Oferty złożyło także dwóch innych wykonawców (w tym odwołujący), deklarując skrócenie terminu zaawansowania robót budowlanych o 20 dni i podając 08.11.2019 r. jako dzień, do którego zostaną zrealizowane roboty budowlane w 80%.

Zgodnie ze sporządzoną przez zamawiającego „Informacją z otwarcia ofert” z dnia 9 września 2019 r. oferty złożyło 3 wykonawców, z których dwóch zadeklarowało skrócenie terminu zaawansowania robót w 80% do 08.11.2019 r. z cenami ofertowymi: 5 857 507,38 zł (odwołujący) oraz 6 466 254,60 zł, trzeci z wykonawców - przystępujący zadeklarował skrócenie terminu zaawansowania robót w 80% do 28.11.2019 r. z ceną ofertową 4 415 158,42 zł.

W „Informacji z otwarcia ofert” zamawiający wskazał dodatkowo: „Wymagany termin zaawansowania robót w co najmniej 80% do dnia 28.11.2019 r.”

Pismem z dnia 24 września 2019 r. zamawiający zawiadomił przystępującego o poprawieniu w jego ofercie innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - w tym o poprawie oświadczenia z Formularza ofertowego na „Zaawansowanie wykonania robót budowlanych w 80% zrealizujemy do dnia 08.11.2019 r.”

W uzasadnieniu zamawiający wskazał: „Wobec zakreślenia w Formularzu ofertowym w pkt 2 pozycji „20 dni” podana data „28.11.2019 r.” jest inną omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i możliwe jest samodzielne poprawienie przez zamawiającego w ofercie daty „28.11.2019 r.” na datę właściwą, tj. 08.11.2019 r. uwzględniającą wolę wykonawcy skrócenia terminu zaawansowania robót o dni 20 od daty granicznej podanej w SIWZ.

W podsumowaniu zamawiający wskazał wprost, że poprawy dokonał na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podał także, że „Zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.” Wadium w przedmiotowym postępowaniu wynosiło 150 000,00 zł (rozdział VIII SIWZ Wymagania dotyczące wadium pkt 1).

Przystępujący nie złożył oświadczenia, iż nie zgadza się na poprawienie omyłki.

Pismem z dnia 1 października 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego, podając także, iż dokonał poprawienia w ofercie przystępującego „innych omyłek, w wyniku czego oferta wskazanego Wykonawcy jest najkorzystniejszą.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Artykuł 87 ust. 2 ustawy Pzp brzmi:

„Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków

zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. ”

Brzmienie ww. artykułu nie pozostawia wątpliwości, że obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w ofercie wykonawcy omyłek:

- 1) oczywistych pisarskich,
- 2) oczywistych rachunkowych,
- 3) innych, przy czym - co kluczowe - chodzi o takie tylko inne omyłki, które polegają na niezgodności oferty z SIWZ

Zamawiający, zawiadamiając przystępującego o poprawieniu jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp nie wskazał postanowienia SIWZ, z którym oferta przystępującego nie jest zgodna. Zamawiający nie wskazał takiego postanowienia SIWZ ani w Odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie, Przystępujący na rozprawie przyznał, że „brak w jego ofercie niezgodności z SIWZ” (str. 5 Protokołu posiedzenia i rozprawy).

Zgodnie z rozdziałem IV SIWZ pkt 2 wymaganym terminem zaawansowania robót w co najmniej 80% był 28.11.2019 r., co zamawiający podkreślił, powielając wymóg w „Informacji z otwarcia ofert”: „Wymagany termin zaawansowania robót w co najmniej 80% do dnia 28.11.2019 r.”

Bezsprzecznie odwołujący oświadczył w Formularzu ofertowym, że zrealizuje roboty budowlane w 80% do 28.11.2019 r., co ewidentnie jest zgodne z ww. wymaganiami SIWZ

W przypadku oferty przystępującego nie wystąpiła zatem niezgodność oferty z SIWZ, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

W przypadku oferty przystępującego wystąpiła niezgodność w samej ofercie, polegająca na tym, że termin skrócenia wyrażony liczbą nie odpowiada terminowi skrócenia wyrażonego datą kalendarzową (i odwrotnie).

Skoro jednak przepis art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, o czym była mowa powyżej, dopuszcza wyłącznie poprawienie omyłki (innej omyłki), polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, a niezgodność taka w przypadku oferty przystępującego nie wystąpiła to czynność poprawienia przez zamawiającego innej niezgodności (niezgodności w samej ofercie) narusza wskazany przepis.

Treść uzasadnienia zamawiającego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, że dokonał poprawienia w ofercie przystępującego „innych omyłek, w wyniku czego oferta wskazanego Wykonawcy jest najkorzystniejszą” oznacza, że niezgodna z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprawa oświadczenia z Formularza ofertowego przystępującego spowodowała wybór oferty przystępującego. Niedopuszczalność takiej poprawy z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp oznacza w konsekwencji także

niedopuszczalność wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Jednocześnie dostrzec należy, że zastosowanie przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, przy braku ku temu podstaw (braku podstaw do zmiany wskazanego w Formularzu ofertowym terminu z 28.11.2019 r. na 08.11.2019 r.) w oczywisty sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ zamawiający z naruszeniem wskazanego przepisu doprowadził do usunięcia niezgodności w treści oferty przystępującego oraz wyboru oferty przystępującego.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że brak było podstaw do pouczenia przystępującego przez zamawiającego (pismo z dnia 24 września 2019 r.), iż brak zgody na poprawienie omyłki spowoduje zatrzymanie wadium wraz z odsetkami (skoro nie chodziło o omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ).

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzuty się potwierdziły, w konsekwencji czego nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach unieważnienie czynności poprawy oferty przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że jest niezgodna z ustawą bo jej treść pozwala na zmianę deklarowanego w ofercie terminu wykonania 80 % stanu zaawansowania robót po otwarciu ofert, co de facto stanowi o złożeniu dwóch ofert, podczas gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca złożyć może tylko jedną ofertę, czym zamawiający naruszył art. 89 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp

Wobec potwierdzenia się zarzutów dotyczących naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3) w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz 7 ustawy Pzp i sformułowania kolejnego zarzutu jako ewentualnego (o czym przesądza poprzedzenie zarzutu wyrazem „ewentualnie”), skład orzekający Izby odstąpił od jego rozpoznania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

KIO 1970/19

14