

WYROK

z dnia 26 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 26 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego 14 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NODO sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie, WOMASZ M. W. Projektowanie, Budowa i Wyposażenie Strzelnic, Karpicko

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wykonanie robót branży budowlanej elementów budowlanych pola tarczowego w ramach przebudowy pasa ćwiczeń taktycznych Joanna na terenie poligonu w m. Dobrze n/Kwisą; zadanie nr 24239 (nr postępowania SVA/K/4620-45/2019)

prowadzonym przez zamawiającego: AMW SINEVIA sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego:

A. ETP S.A. z siedzibą w Katowicach; G&R S.A. z siedzibą w Warszawie

- po stronie Odwołującego

B. Budled sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Metrotech sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „PA-KO” K. J., Witaszczyki

- po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3599 zł 99 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt dziewięć

groszy) - stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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.

AMW SINEVIA sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim {dalej:

„Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej w uzasadnieniu również: „ustawa Pzp”, „ustawa pzp”, „Pzp lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. Wykonanie robót branży budowlanej elementów budowlanych pola tarczowego w ramach przebudowy pasa ćwiczeń taktycznych Joanna na terenie poligonu w m. Dobre n/Kwisą; zadanie nr 24239 (nr postępowania SVA/K/4620-45/2019)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 27 grudnia 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_249 pod poz. 617391.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych

na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

3 kwietnia 2020 r. Zamawiający przesłał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Budled sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Metrotech sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „PA-KO” K. J., Witaszczyki {dalej również: „Konsorcjum Budled” lub „Przystępujący”}.

14 kwietnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NODO sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie, WOMASZ M. W. Projektowanie, Budowa i Wyposażenie Strzelnic, Karpicko {dalej: „Konsorcjum NODO” lub „Odwołujący”} wnieśli w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Budled.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 87 ust. 2 pkt 3 - przez jego niewłaściwe zastosowanie w celu usunięcia niezgodności treści oferty złożonej przez Konsorcjum Budled z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”}.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Budled, której treść nie odpowiada treści rozdziału III.1 SIWZ, a w konsekwencji dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Zgodnie z postanowieniem części III. pkt 1 SIWZ (w brzmieniu nadanym zmianą z 27 stycznia 2020 r.) Zamawiający wymagał wyceny przedmiotu zamówienia w postaci kosztorysu ofertowego, sporządzonego na podstawie pozycji kosztorysowych ujętych w przedmiarze robót. Kosztorys miał być sporządzony w wersji szczegółowej (z wyszczególnieniem robocizny, materiału i sprzętu w pozycji kosztorysowej wraz z ich

nakładami), a także posiadać: wyliczoną cenę jednostkową i wartość dla każdej pozycji kosztorysowej (w ujęciu z KNR, opisem pozycji, jednostką miary i ilością), zestawienie robocizny i zestawienie sprzętu. Zamawiający zamieścił również uwagę, że bez jego zgody nie można zmienić pozycji KNR oraz ich ilości i jednostki miary, natomiast dopuszczalna jest zmiana nakładów robocizny, materiałów i sprzętu w danej pozycji, jednak wykonawca musi pamiętać, że rozliczenie za wykonane roboty nastąpi kosztorysem powykonawczym z ryczałtowymi cenami jednostkowymi jak w kosztorysie ofertowym.

Pismem z 9 marca 2020 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 87 ust. 1 pzp Konsorcjum Budled do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie niezgodności opisu dwóch pozycji kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru robót:

w poz. 3 Konsorcjum zamieściło opis: „czyszczenie terenu z materiałów wybuchowych”, podczas gdy w przedmiarze robót pozycja ta zawierała opis: „czyszczenie terenów z materiałów wybuchowych, sprawdzenie terenu, usunięcie niewybuchów przez specjalistyczną firmę, oczyszczenie terenu”;

- w poz. 5 Konsorcjum zamieściło opis: „odwodnienie terenu w przypadku wystąpienia wysokiego poziomu wód gruntowych+inne nieprzewidziane roboty+rob. nie ujęte w k-się”, podczas gdy w przedmiarze pozycja ta zawierała opis: „odwodnienie terenu w przypadku wystąpienia wysokiego poziomu wód gruntowych; odpompowanie wody z wykopów, odprowadzenie wody poza teren prowadzonych robót, inne roboty towarzyszące odwodnieniu terenu”.

W odpowiedzi z 10 marca 2020 r. Konsorcjum wyjaśniło, że zastosowanie innego opisu poz. 3 i 5 kosztorysu jest wynikiem przeoczenia (błędu) i ma charakter oczywistej pomyłki pisarskiej.

13 marca 2020 r. Zamawiający zawiadomił Konsorcjum o poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, tj. poprawieniu opisu poz. 3 i 5 złożonego kosztorysu ofertowego.

16 marca 2020 r. Konsorcjum wyraziło zgodę na poprawienie tej omyłki.

Odwołujący przedstawił następującą ocenę prawną powyższego stanu faktycznego.

W ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum Budled powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż choć z postanowień SIWZ jednoznacznie wynikało, że cena oferty ma charakter kosztorysowy, kosztorys określa również przedmiot zamówienia, a zmiana opisu jego pozycji nie była dozwolona, Konsorcjum w kosztorysie ofertowym dokonało nieuprawnionej zmiany opisu dwóch pozycji kosztorysowych w stosunku do treści przedmiaru robót.

Odwołujący powołał się na doktrynę i orzecznictwo {przytaczając fragment

uzasadnienia wyroku Izby z 2 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 129/18 za „Prawem zamówień publicznych. Komentarzem aktualizowanym”, LEX/el. 2019, autorstwa Ireny Skubiszak-Kalinowskiej Irena i Ewy Wiktorowskiej}, które według niego przyjmują jednolicie, że dla zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp konieczne jest łączne wystąpienie trzech przesłanek wymienionych w treści tego przepisu: (1) w ofercie musi wystąpić niezgodność z SIWZ, (2) która powinna mieć charakter omyłki (3) i której poprawienie nie doprowadzi do istotnych zmian w ofercie. Stąd konieczne jest, aby zamawiający był w stanie samodzielnie dokonać poprawienia tej innej omyłki.

Odwołujący wywiódł dalej {za „Prawem zamówień publicznych. Komentarzem, wyd. VII, WKP 2018, autorstwa Włodzimierza Dzierżanowskiego, Jarosława Jerzykowskiego i Małgorzaty Stachowiak}, że omyłka może polegać zarówno na niewłaściwym ujęciu w ofercie określonej informacji lub zobowiązania, jak i ich pominięciu (wyrok Izby z 16 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1147/11, LEX nr 847187). Niezbędne jest jednak wykazanie, że jest to skutek niezamierzony. Opierając się na słownikowym znaczeniu słowa „omyłka”, należy uznać, że nie można poprawić na podstawie komentowanego przepisu żadnych rozbieżności pomiędzy ofertą a SIWZ, jeśli są one skutkiem celowego działania wykonawcy, również wtedy, gdy działanie celowe opierało się na złym rozumieniu SIWZ i doprowadziło do niezgodności oferty ze specyfikacją. Świadome zamieszczenie czegoś w ofercie wyklucza bowiem uznanie rezultatu za omyłkę.

Analizując zakres niezgodności opisu pkt 3 i 5 kosztorysu ofertowego Konsorcjum Budled z treścią przedmiaru robót, Odwołujący doszedł do wniosku, że o ile niezgodność w pkt 3 mogła mieć charakter omyłki polegającej na pominięciu części opisu zamieszczonego w przedmiarze, o tyle zapis pkt 5 jednoznacznie wskazuje na świadome i celowe działanie Wykonawcy, gdyż powiązanie oryginalnego zapisu z przedmiaru robót

(„odwodnienie terenu w przypadku wystąpienia wysokiego poziomu wód gruntowych”) z resztą opisu dodanego w ofercie Konsorcjum („inne nieprzewidziane roboty+rob. nie ujęte w k-się”) ma w tym wypadku charakter logiczny i wyklucza przypadkowe działanie autora, takie jak przepokopowanie treści innej pozycji kosztorysu, naciśnięcie złego klawisza itp.

Odwołujący przypuszcza, że z tej przyczyny Zamawiający nie zdecydował się na samodzielne poprawienie pkt 3 i 5 kosztorysu ofertowego i wezwał Konsorcjum do złożenia w tym zakresie wyjaśnień. Według Odwołującego w ten sposób Zamawiający potwierdził, że nie był w stanie samodzielnie ustalić na podstawie postanowień SIWZ oraz złożonej oferty sposobu usunięcia niezgodności w opisie omawianych pozycji kosztorysu, co również przemawia za tym, że niezgodność ta nie miała charakteru omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

W ocenie Odwołującego w sytuacji, gdy Konsorcjum celowo złożyło ofertę niezgodną z treścią SIWZ, nie zachodziła w ogóle podstawa do zwrócenia się przez Zamawiającego o wyjaśnienie treści tej oferty. Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z 11 października 2019 r. sygn. akt KIO 1844/19, przepis art. 87 ust. 1 pzp określa granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, wskazując jednocześnie, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Należy również podkreślić, że to wykonawca jest odpowiedzialny za przygotowanie oferty i to po jego stronie, jako podmiotu profesjonalnego, leżało dołożenie należytej staranności przy tej czynności.

Ponieważ zdaniem Odwołującego omawiana niezgodność oferty Konsorcjum z treścią SIWZ nie miała charakteru omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, zbędne staje się badanie, czy jej poprawienie mogło spowodować istotne zmiany w treści tej oferty.

W odpowiedzi na odwołanie z 23 czerwca 2020 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności podnosząc następującą argumentację.

Zamawiający zauważył, że jak wskazano w wyroku Izby z 28 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 2871/20 ocena, czy doszło do istotnych zmian oferty dokonywana jest z uwzględnieniem treści całej ofert i całego przedmiotu zamówienia, a nie jedynie wybranych elementów z niektórych pozycji kosztorysu ofertowego. W tym przypadku analiza zakresu i charakteru omyłki w poz. 3. i 5. kosztorysu ofertowego Konsorcjum doprowadziła Zamawiającego do wniosku, że jej poprawienie nie spowodowało istotnej zmiany oferty.

Po pierwsze przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót branży budowlanej - elementów budowlanych pola tarczowego w ramach przebudowy pasa ćwiczeń taktycznych Joanna na terenie poligonu w m. Dobre nad Kwisą. Efektem realizacji zamówienia ma być wybudowanie wszystkich elementów budowlanych pasa ćwiczeń taktycznych m.in. schronów, stanowisk celi, wnęk terenowych. Dla osiągnięcia ww. efektu należy poczynić szereg prac, w tym przygotowawczych i towarzyszących, umożliwiających wykonanie właściwych robót. Oczyszczenie terenu z materiałów wybuchowych, sprawdzenie terenu pod kątem niewybuchów, jak również odwodnienie terenu mają charakter pomocniczy (na co wskazuje również ich opis z przedmiaru robót („Roboty przygotowawcze i towarzyszące”) i służą jedynie do osiągnięcia celu, jakim jest wybudowanie wszystkich elementów budowlanych pasa ćwiczeń taktycznych m.in. schronów, stanowisk celi, wnęk terenowych. Innymi słowy są to czynności niezbędne do wykonania zamówienia, ale nie determinują one jego efektu w istotnym stopniu.

Po drugie poprawienie oferty Konsorcjum nie zmieniało rodzaju i charakteru czynności koniecznych w ramach robót przygotowawczych i towarzyszących, gdyż zarówno przed zmianą, jak i po jej dokonaniu występuje oczyszczenie terenu z materiałów wybuchowych oraz kompleksowe odwodnienie terenu, bez żadnych zmian w zakresie zastosowanej jednostki miary, ilości jednostek miary czy też pozycji KNR. Ponadto niezależnie od dokonanej korekty oferty należało pozycje wycenić za pomocą kalkulacji własnej według jednostki miary oznaczonej jako „szt.” i ilości odpowiednio 15000 dla poz. 3 i 5000 dla poz. 5.

Po trzecie poprawienie nie spowodowało również zmiany ceny (poz. 3. cena jednostkowa 5000,00 zł netto, łączna wartość 75000,00 zł netto, poz. 5. cena jednostkowa 15000,00 zł netto, łączna wartość 75000,00 zł netto).

Po czwarte czynności (prace), których dotyczyły poprawki stanowiły stosunkowo niewielki w ujęciu wartościowym procent zamówienia (0, 60% ceny oferty wynoszącej ponad 23 mln zł brutto). Jakkolwiek ustawa pzp nie definiuje pojęcia „istotności zmian treści oferty”, w art. 144 ust. 1 pkt 6 pzp za istotną uważana jest zmiana umowy, której łączna wartość nie jest większa niż 15 % pierwotnej wartości zamówienia.

Po piąte czynności (prace), których dotyczyły poprawki, niezależnie od sposobu ich opisywania były wyceniane na tym samym poziomie (w ofercie Odwołującego poz. 3. cena jednostkowa 6000 zł netto, wartość łączna 90000 zł netto, poz. 5. cena jednostkowa 15000 zł, wartość łączna 75000 zł netto).

Stąd Zamawiający wywiódł, że nawet jeśli uznać zaistniałe rozbieżności semantyczne opisu za niezgodności oferty z SIWZ, przy konstruowaniu oferty doszło po stronie Konsorcjum do omyłek powodujących, że jego oferta była tylko w bardzo niewielkim zakresie niezgodna z SIWZ (i jednocześnie niezgodność ta dotyczyła jedynie kwestii formalnej, a nie materialnej, technicznej czy kwotowej), co podlegało poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Według Zamawiającego nie bez znaczenia pozostaje okoliczność wyjaśnienia przez Konsorcjum na jego wezwanie, że zastosowanie w powyższych pozycjach innego opisu jest wynikiem przeoczenia (błędu) i ma charakter oczywistej omyłki pisarskiej, która mogła się zdarzyć przy przygotowywaniu kosztorysu składającego się z tak dużej liczby pozycji. Jednocześnie Konsorcjum potwierdziło jako prawidłowy opis z przedmiaru robót. Zamawiający nadmieniał, że kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie przedmiaru robót składa się z ponad 550 pozycji, co faktycznie mogło spowodować omyłki w opisie poszczególnych pozycji kosztorysowych, czy też ich skrótowe opisanie np. w wyniku pośpiechu, nieuwagi czy błędnego skopiowania nazwy.

Co istotne wg Zamawiającego pierwotnie wymagał w SIWZ sporządzenie kosztorysu ofertowego w wersji skróconej, co uległo zmianie 27.01.2020 r., kiedy zaktualizowano również przedmiar robót m.in. w zakresie opisu poz. 3. i 5., a opis tych pozycji w ofercie Konsorcjum odpowiadał pierwotnemu ich opisowi w przedmiarze. Najprawdopodobniej zatem oferta Konsorcjum była sporządzona przed tą zmianą, a Konsorcjum ją przeoczyło.

Dodatkowo Zamawiający zauważył, że analizując opis poz. 3 kosztorysu ofertowego kwestionowanej oferty należy dojść do wniosku, że Konsorcjum jedynie omyłkowo nie dopisało dalszej części tego opisu wskazanego w przedmiarze robót, który stanowił tak naprawdę jedynie doprecyzowanie tego, co składa się na oczyszczenie terenu z materiałów wybuchowych. Zatem oferta Konsorcjum w tym zakresie nie była niezgodna z SIWZ w stopniu istotnym, gdyż w istocie obejmowała wszystko, co się składa na oczyszczenie terenu z materiałów wybuchowych.

W przekonaniu Zamawiającego podobnie analizując opis poz. 5 w przedmiarze robót, który polega na wymienieniu czynności, jakie mają zostać wykonane dla odwodnienia terenu w przypadku wystąpienia wysokiego poziomu wód gruntowych, należy dojść do wniosku, że opis tej pozycji w kosztorysie ofertowym Konsorcjum nie odbiega w istotny sposób, gdyż brak jedynie tego doszczegółowienia.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że w sprawie o podobnym stanie faktycznym, rozstrzygniętej wyrokiem Izby z 13.12.2019 r. sygn. akt 2422/19), w której zarzucono mu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp przez niepoprawienie w ofercie odwołującego omyłki polegającej na wpisaniu w opisie czynności „pełne umocnienie pionowych ścian wykopów liniowych balami drewnianymi” zamiast, jak to było opisane w przedmiarze, „umocnienie ścian wykopów liniowych szalunki systemowe”, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie odrzucenia oferty. Co więcej uznała, że jedynie ewentualnej poprawie podlega sam element opisu zastosowanego szalowania, ze wskazaniem na szalowanie systemowe, uznając jednocześnie, że nie istnieje w tym zakresie potrzeba poprawy kosztorysu ofertowego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż ewentualne uzupełnienie opisu miałyby bowiem wymiar formalny a nie merytoryczny.

Zamawiający podkreślił, że brak jest dowodów wskazujących na celowe i świadome działanie Konsorcjum, a jego wyjaśnienia oraz powyżej przywołane okoliczności dotyczące zmiany opisu tych pozycji w przedmiarze temu przeczą.

Zamawiający zauważył, że w świetle orzecznictwa Izby ustawa pzp nie warunkuje możliwości poprawienia omyłki brakiem winy po stronie sporządzającego ofertę (wyrok

z 4 lutego sygn. akt KIO 116/20). Ponadto w regulacji tej ustawodawca w żaden sposób nie określił przyczyny powstania omyłki, jak uczynił to np. w przypadku podania informacji wprowadzających w błąd w art. 24 ust. 1 pkt: 16 pzp (w wyniku rażącego niedbalstwa”)

1 w art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa). Dodatkowo, jak wskazano w wyrokach KIO 2459/18 i KIO 116/20, uwzględniając cel wprowadzenia art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, jakim było uniknięcie konieczności odrzucania ofert obciążonych błędami niemającymi wpływu na gwarancję realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ, błędnym byłoby wprowadzanie dodatkowych, niewyraźnych wprost obostrzeń dla zastosowania tego przepisu, jak próbuje to uczynić Odwołujący.

Jako właściwy punkt wyjścia należy przyjąć założenie, że wykonawca składa ofertę w dobrej wierze, z zamiarem ukształtowania jej treści w sposób odpowiadający treści SIWZ, zmierzając s ten sposób do uzyskania zamówienia publicznego. W konsekwencji w zasadzie każdą rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ należy uznać za omyłkę, chyba że zamawiający ma podstawy do przypisania wykonawcy świadomego celowego złożenia oświadczenia woli sprzecznego merytorycznie z SIWZ (wyrok Izby z 5 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 665/13), co w tej sprawie nie zostało wykazane ani nawet uprawdopodobnione.

16 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie elektronicznej zgłoszenie przez wspólnie ubiegających się o udzielenie tego zamówienia ETP S.A. z siedzibą w Katowicach; G&R S.A. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

20 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie elektronicznej zgłoszenie przez Konsorcjum Budled przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania ich kopii Stronom postępowania (art. 185 ust.

2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tych przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

W piśmie z 25 czerwca 2020 r. Konsorcjum Budled wniosło o oddalenie odwołania, na poparcie swego stanowiska przedstawiając okoliczności faktyczne i argumentację prawną w sposób zbieżny z odpowiedzią na odwołanie.

W szczególności Przystępujący powołał się na to, że odnośnie interpretacji pojęcia „omyłki” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp w orzecznictwie Izby przyjmuje się, iż (...)

przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp nie uzależnia możliwości dokonania poprawy od stopnia przyczynienia się wykonawcy, a tym bardziej stopnia zawinienia wykonawcy do powstania niezgodności. Jedynym warunkiem ograniczającym możliwość uznania danego błędu za inną omyłkę, który wynika wprost z rzeczonego przepisu, jest zakaz wprowadzania w wyniku poprawy istotnych zmian w treści oferty, poparte m.in. wyrokiem Izby z dnia 13 stycznia 2012 r. wydanym w sprawie sygn. akt KIO 2810/11, w którym Izba wyraziła pogląd, iż: Dla przyjęcia jej wystąpienia bynajmniej nie ma potrzeby odwoływania się do stopnia „nieświadomości” wykonawcy, co do niezgodności treści jego oferty z SIWZ, czy istnienia pewności zamawiającego, co do rzeczywistych intencji wykonawcy w trakcie przygotowywania oferty lub genezy i przyczyn powstania danej niezgodności oferty z SIWZ. Należy przyjąć tu możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w ww. przepisie. Omyłką będą więc zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające

z zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań SIWZ... etc.) w wypełnieniu czy przedłożeniu

wszystkich elementów oferty. Tym samym właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem SIWZ (w tym również jej wewnętrzne sprzeczności), która z założenia ma być zgodna z treścią SIWZ i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane (wyrok Izby z 22 maja 2018 r. sygn. akt KIO 913/18).

Przystępujący stwierdził, że wobec tego zakres pojęcia „omyłki” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp jest bardzo szeroki. Stąd Zamawiający mógł uznać za omyłkę (a nie celowe działanie) pominięcie części opisu zamieszczonego w przedmiarze oraz przedstawienie opisu pozycji, który częściowo odpowiadał opisowi zawartemu w przedmiarze, a częściowo zawierał opis niezgodny z aktualnym przedmiarem, uwzględniając dodatkowo, że doszło do omyłkowego wykorzystania niezaktualizowanych opisów z przedmiaru robót.

Przystępujący powołał się na wyrok Izby z 27 lipca 2026 r. sygn. akt KIO 1286/16, w którym stwierdzono, co następuje:

W kwestii ustalenia, czy stwierdzona niezgodność była omyłką wykonawcy, należy wskazać, że odwołujący nazbyt eksponuje tu „psychologiczno-detektywistyczną” wykładnię tego pojęcia. Jeżeli Konsorcjum I. twierdzi, że dana niezgodność treści oferty z SIWZ była omyłką, to należy przyjąć, że tak jest. (...)

Omyłka w ofercie polegająca na niezgodności tej oferty z SIWZ, może powstać zarówno przez niedbalstwo lub lekkomyślność przy sporządzaniu oferty, jak też być wynikiem niezrozumienia lub przeoczenia wymagań SIWZ, co do opisu przedmiotu

zamówienia czy sposobu sporządzenia, oferty. Ostateczną weryfikacją „intencji” wykonawcy w tym zakresie będzie wyrażenie zgody na dokonane przez zamawiającego poprawienie oferty lub jej odmowa.

Według Przystępującego bezprzedmiotowe są zatem wywody Odwołującego co do wykazywania świadomego i celowego działania Konsorcjum Budled w zakresie omyłki dot. opisu w pkt 5. kosztorysu, co miałyby wynikać rzekomo z tego, że według Odwołującego wykluczone jest przypadkowe działanie autora, czy rzekomy „charakter logiczny” omyłki. Przystępujący wyraził bowiem zgodę na dokonanie przez Zamawiającego poprawienia oferty, co wskazuje na to, że nie miał on zamiaru popełnienia omyłki i jego celem było sporządzenie oferty w pełni zgodnej z SIWZ.

Niezależnie od tego Przystępujący dodatkowo zaprzeczył twierdzeniu, że „zapis pkt. 5 jednoznacznie wskazuje na świadome i celowe działanie Wykonawcy”, gdyż obydwie omyłki w kosztorysie ofertowym były niezamierzone. Przystępujący wskazał, że cały kosztorys ofertowy liczy aż 565 pozycji i został przygotowany w oparciu o przedmiar robót zamieszczony na platformie zakupowej i aktualizowany przez Zamawiającego. Przystępujący stwierdził, że przy tak obszernej dokumentacji mogło zdarzyć się mu popełnienie omyłek przy dwóch ww. pozycjach. Było to wynikiem włącznie przeoczenia, polegającego na nieuwzględnieniu zaktualizowanego przez Zamawiającego brzmienia fragmentów tych opisów w przedmiarze. Nietrafnie zatem wskazał Odwołujący, że omyłka Przystępującego nie polegała na przypadkowym działaniu. Jak sam Odwołujący zauważa, takie przypadkowe działanie może polegać w szczególności na przekopiowaniu innej pozycji kosztorysu. Jakkolwiek w przedmiotowej sprawie Przystępujący błędnie wykorzystał pozycje z niezaktualizowanego przedmiaru robót, jednak zasada pozostaje ta sama - nie uczynił tego świadomie, a przez zwykłe niedopatrzenie, czyli omyłkę. Przystępujący dodał, że nie wiadomo, jaki miałby mieć interes w celowym zmienieniu opisu pozycji i to tylko w zakresie fragmentów stanowiących doprecyzowanie zawartego już w pozycjach opisu.

Przystępujący powołał się na to, że według orzecznictwa Izby (...) jako zasadę należy przyjąć, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści s.i.w.z. W konsekwencji - jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie wskazują, że jest inaczej - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze wykonawcom udaje się, z różnych względów, złożyć ofertę, której treść jest w pełni zgodna z treścią s.i.w.z. i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Nie sposób zaakceptować stanowiska, że sam fakt złożenia oferty nie w pełni zgodnej z s.i.w.z. jest dowodem woli złożenia przez wykonawcę oferty niezgodnej z s.i.w.z., gdyż wtedy przepis ten pozostałby martwy (wyrok z 22 lipca

2015 r. sygn. akt KIO1472/15).

Przystępujący ponadto zauważył, że skoro według uzasadnienia odwołania omyłka w zakresie pkt 3 może mieć charakter niezamierzony, Odwołujący nie kwestionuje poprawienia przez Zamawiającego tej pozycji kosztorysu.

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. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. W imieniu przystępującego po stronie Odwołującego nikt się nie stawił, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, 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. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Okoliczności faktyczne co do treści oferty Konsorcjum Budled w zakresie poz. 3. i 5. kosztorysu ofertowego, przebiegu badania tej oferty (treści wezwania i udzielonych wyjaśnień, a następnie zawiadomienia o poprawieniu omyłki i wyrażeniu na to zgody) były niesporne i zostały zaprezentowane w sposób zbieżny w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie przystępującego.

Zauważyć jednak należy, że w odwołaniu przemilczano fakt, że treść opisu poz. 3. i 5. kosztorysu ofertowego Konsorcjum Budled odzwierciedla po prostu treść pierwotnego opisu tych pozycji w przedmiarze udostępnionym przez Zamawiającego wykonawcom, który następnie 7 stycznia 2020 r. uzyskał nowe, nieco inne brzmienie. Tym samym popełnienie przez Konsorcjum Budled omyłek w opisie tych pozycji w stosunku do ostatecznej wersji opisu przedmiaru znajduje logiczne i przekonujące wytłumaczenie.

Powyższe ustalenie w oczywisty sposób podważa logiczność i sensowność, skądinąd enigmatycznych, wywodów odwołania co do tego, z czego ma wynikać celowe sporządzenie przez Konsorcjum odmiennego opisu tych dwóch pozycji (a w każdym razie poz. 5) w kosztorysie ofertowym.

Przede wszystkim Odwołujący, choć to na nim z mocy art. 190 ust. 1 pzp spoczywał w tym zakresie ciężar udowodnienia swoich twierdzeń, nie był w stanie, co nie dziwi, przedstawić żadnych dowodów dla wykazania podnoszonej przez siebie celowości działania

Konsorcjum.

Skoro poza wszelkim sporem jest brzmienie ostatecznej wersji opisów zawartych poz. 3. i 5. przedmiaru, oczywisty jest również sposób poprawienia w tym zakresie kosztorysu

ofertowego Konsorcjum Budled i obiektywnie niczego w tym zakresie nie zmienia

okoliczność, że przed poprawieniem omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp Zamawiający skorzystał z uprawnienia do wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp.

Niezależnie od powyższego wskazanie w odwołaniu, jakoby zmiana opisu pozycji w kosztorysie Konsorcjum Budled była niedopuszczalna w świetle uwagi zamieszczonej w ramach postanowienia z części III pkt 1 SIWZ (sprowadzająca się do zakazu bez zgody Zamawiającego zmiany opisu pozycji KNR oraz ich ilości i jednostki miary, przy dopuszczalności zmiany nakładów robocizny, materiałów i sprzętu w danej pozycji) jest bezprzedmiotowe, gdyż ani poz. 3. ani poz. 5 przedmiaru nie odwołują się w ogóle do KNR, a ich wycena w pełni miała się opierać na kalkulacji własnej wykonawcy.

Przede wszystkim sformułowany w odwołaniu zarzut nie identyfikuje żadnej okoliczności, która wskazywałaby na to, że posłużenie się w kosztorysie w dwóch na ponad pięćset pozycji częściowo nieaktualnym opisem było istotną zmianą treści oferty. W rzeczywistości jest wręcz przeciwnie, z punktu widzenia całości przedmiotu zamówienia, zakres i charakter tych odmienności jest więc znikomy. Poza wszelkim sporem była również adekwatność wyceny tych dwóch pozycji w kosztorysie Konsorcjum Budled oraz fakt, że poprawienie nie spowodowało jakiegokolwiek jej zmiany, a w konsekwencji nie uległa też

żadnej zmianie cena tej oferty.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest oczywiście bezzasadne.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie

odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Za utrwalone w doktrynie i orzecznictwie należy uznać pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. - jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obowiązuje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać sporządzenia kosztorysu

ofertowego według udostępnionych przez siebie przedmiarów.

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp konieczne jest również jednoznaczne uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją (zwykle opisem przedmiotu zamówienia) zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się de facto do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W rezultacie odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie to podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji - złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki lzby wydane: 3 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 556/12, 9 listopada 2012 r. sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12, 22 listopada 2012 r. sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13, 10 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1266/13} - o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym

stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli - jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnić z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty - jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obliguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została bowiem wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia. W realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 pzp stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. pkt 2 Pzp {vide wyrok Izby z 5 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2743/11 oraz wyrok Izby z 29 lipca 2011 r. sygn. akt 1514/11}.

Należy zauważyć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu aktualnego brzmienia art. 87 ust. 2 pzp było zniwelowanie formalizmu występującego poprzednio na gruncie ustawy pzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obciążonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to 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.

Stąd w orzecznictwie Izby 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 wyrok 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 wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 959/09}, że rozumienie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażen lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Słownikowe rozumienie słowa „omyłka” oznacza spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. {Słownik języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępny na stronie. 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 s.i.w.z. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanej poprawieniu omyłki i ewentualny brak wyrażenie zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie. Izba zważyła, że - jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnie z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze im się to udaje i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Izba zważyła, że w tej sprawie Zamawiający nie wskazywał żadnych okoliczności, które świadczyłyby o nieomyłkowym charakterze niezgodności oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z., poprzestając na ich stwierdzeniu i przyjęciu nieuzasadnionych okolicznościami założenia, że mają one charakter nieusuwalny.

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, czyli dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, z przepisu wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiście jest zatem, że przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby miała istotnego charakteru. Przy czym o istotności zmiany treści oferty 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 zmiany zatem decydująca skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia lub obie te sytuacje występujące jednocześnie. 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.

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 pzp, gdyż przepis wprost takiej przesłanki nie formułuje.

Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp 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 art. 87 ust. 1 pzp 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 składu orzekającego Izby należy tu odróżnić dopuszczalne 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 informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na „nieoczywisty” charakter „innych omyłek”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione.

Izba podziela także w pełni stanowiska wyrażone w wyrokach, na które powołano się w odpowiedzi na odwołanie i piśmie Przystępującego i uznaje je za własne.

Z tych względów Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, których poniesienie zostało udokumentowane do zamknięcia rozprawy stosownym rachunkiem.