Sygn. akt KIO 3722/21

WYROK

z dnia 10 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 10 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego 23 grudnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: RPM S.A. z siedzibą w Lublińcu

w postępowaniu pn. Budowa kanalizacji sanitarnej w gminie Szczerców: Szczercowska Wieś- Dubie, ul. Tenusa i ul. Malinowa w Szczercowie, Brzezie (nr postępowania RI.3.7013.20.2021)

prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Szczerców

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu - dokonania poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) okresu gwarancji i rękojmi w ofercie Odwołującego ze 120-miesięcznego na 72-miesięczny.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13600 zł 00 gr

(słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) - stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania

oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

U z a s a d n i e n i e

Gmina Szczerców {dalej: „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” lub „pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. Budowa kanalizacji sanitarnej w gminie Szczerców:

Szczercowska Wieś- Dubie, ul. Tenusa i ul. Malinowa w Szczercowie, Brzezie

(nr postępowania RI.3.7013.20.2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 3 grudnia 2021 r. zostało zamieszczone w Biuletynie

Zamówień Publicznych pod nr 00298514/01.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

23 grudnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu w zakresie części 1. zamówienia - unieważnieniu postępowania oraz odrzuceniu oferty złożonej przez RPM S.A. z siedzibą w Lublińcu {dalej: „RPM"}.

23 grudnia 2021 r. RPM {dalej również: „Odwołujący"} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 223 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 - przez zaniechanie wezwania RPM do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanego okresu gwarancji i rękojmi, choć jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, winien był przed jej odrzuceniem wezwać RPM do wyjaśnienia tej kwestii.

2. Art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. z art. 226 ust. 1 pkt 5 - przez zaniechanie poprawienia w ofercie RPM niezgodności z warunkami zamówienia, polegającej na zaoferowaniu 120-miesięcznego zamiast mieszczącego się w zakresie od 24 do 72 miesięcy okresu gwarancji i rękojmi, dzięki zastąpieniu 120-miesięcznego okresu 72-miesięanym okresem, pomimo że gdy zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający w sytuacji, pomimo że nie spowodowałoby to istotnych zmian treści tej oferty, która od samego początku obejmowała maksymalny przewidziany w SWZ okres gwarancji i rękojmi.

3. Art. 255 pkt 3 - przez unieważnienie postępowania z uwagi na okoliczność, że cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy cena oferty Odwołującego nie przewyższa tej kwoty.

4. Art. 239 ust. 1 - przez zaniechanie wyboru oferty RPM, pomimo że według ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert jest najkorzystniejsza spośród wszystkich złożonych ofert, które nie podlegały odrzuceniu a RPM spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie odrzucenia oferty RPM.

2. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

3. Powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty RPM.

4. Wezwania RPM do złożenia wyjaśnień w treści oferty oraz poprawienia niezgodności

treści tej oferty - jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty - dzięki zastąpieniu 120-miesięanego okresu gwarancji i rękojmi 72-miesięcznym okresem gwarancji i rękojmi.

5. Dokonania wyboru oferty RPM jako najkorzystniejszej

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

W pkt 21.1. SWZ Zamawiający określił dwa kryteria oceny ofert w postępowaniu tj. cenę oraz gwarancję i rękojmię.

W ramach zawartego w pkt 21.2. SWZ opisu sposobu przyznawania punktów w tym drugim kryterium Zamawiający przewidział wzór, z którego wynikało, że możliwe jest

zaoferowanie dowolnego okresu gwarancji i rękojmi, który będzie podstawą do wyliczenia

punktacji.

Dopiero w ramach pkt 2 lit. g) wzoru formularza ofertowego (załącznika do SWZ) Zamawiający określił, że możliwe jest zaoferowanie okresu gwarancji i rękojmi w zakresie 24-72 miesięcy.

20 grudnia 2021 r. Zamawiający opublikował informację z otwarcia złożonych ofert, w której podał, że na realizację części 1. zamówienia zamierza przeznaczyć 4.400.000,00 zł, a oferty na tę część zamówienia złożyli: 1) RPM (cena - 3.853.163,39 zł gwarancja i rękojmia - 120 miesięcy), 2) P.P.H.U. „SANEL" Z. sp. jawna {dalej: „Sanel"} (cena - 4.915.165,49 zł, gwarancja i rękojmia - 72 miesiące).

21 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty RPM na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp, tj. z uwagi na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że określił okres gwarancji i rękojmi, stanowiący jedno z kryteriów oceny ofert, w zakresie 24-72 miesięcy, zaś RPM zaoferowało 120-miesięcy okres, który jest niezgodny z wymogami postawionymi przez Zamawiającego.

Jednocześnie 21 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postepowania w zakresie części 1. zamówienia na podstawie art. 255 pkt 3 pzp, tj. z uwagi na okoliczność, że cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że oferta RPM podlega odrzuceniu, zaś w cena jego oferty Sanelu przewyższa budżet przewidziany przez Zamawiającego na realizację tej części postępowania.

Zamawiający w toku postepowania nie wzywał RPM go do złożenia wyjaśnień zakresie treści oferty, ani nie informował RPM o zamiarze poprawienia treści jego oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że kierował się zamiarem zaoferowania Zamawiającemu możliwe najlepszych warunków realizacji zamówienia oraz maksymalnego zabezpieczenia interesu Zamawiającego, gdyż kanalizacja sanitarna użytkowana będzie przez okres kilkudziesięciu lat, a producenci układów pompowych, w tym zwłaszcza pomp oraz automatyki związanej z ich działaniem, przewidują krótkie okresy gwarancji. Dzięki zaoferowaniu 120-miesięcznego okresu gwarancji Zamawiający uzyskałby pewność funkcjonowania całej instalacji w długim okresie, bez konieczności ponoszenia kosztów związanych z użytkowaniem instalacji po upływie 72 miesięcy. Zamawiający uzyskałby również pewność trwałości robót odtworzeniowych związanych z nawierzchniami dróg oraz nie musiałby dokonywać ich napraw we własnym zakresie.

Odwołujący dodał, że jako wykonawca robót budowlanych, dzięki posiadanym wiedzy i doświadczeniu w zakresie realizacji inwestycji, niejednokrotnie oferował tożsamy termin gwarancji w postępowaniach, w których dopuszczano zakres np. od 36 do właśnie 120-miesięcy.

Według Odwołującego istotne jest, że zaoferowany przez niego 120-miesięczny okres gwarancji i rękojmi obejmuje wymagany przez Zamawiającego przedział 24-72 miesięcy, a jednocześnie lepiej zabezpiecza interes Zamawiającego.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wskazuje się, że nie zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w przypadku, gdy oferta wykonawcy zabezpiecza interes zamawiającego w większym stopniu, niż wymaga się tego warunkami zamówienia {w uzasadnieniu odwołania wskazano na wyrok z 29 września 2017 r. sygn. akt 1936/17 i wyrok z 17 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 237/21 oraz przytoczono stosowne fragmenty ich uzasadnień}.

Niezależnie od powyższego według Odwołującego, jeśli Zamawiający uznał, że treść oferty RPM pozostaje niegodna z warunkami zamówienia, winien był w pierwszej kolejności wezwać go do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 pzp, a następnie dokonać poprawienia przedmiotowej niezgodności z warunkami zamówienia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp.

Zamawiający uzyskałby w takim przypadku od RPM: po pierwsze, wyjaśnienia odnośnie powodów wskazania takiego okresu gwarancji i rękojmi, jak wyżej w odwołaniu, po drugie - informację, że powinien poprawić przedmiotową niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia dzięki zastąpieniu 120-miesięcznego okresu 72-miesięcznym okresem gwarancji i rękojmi.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika, że z uwagi na nieoczywisty charakter innych omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp, wezwanie do wyjaśnień treści oferty jest uzasadnione, gdyż może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, jak i temu, czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione {w uzasadnieniu odwołania wskazano wyrok z 13 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1088/17 oraz przytoczono stosowny fragment z jego uzasadnienia}.

W odpowiedzi na odwołanie z 4 stycznia 2022 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności przedstawiając następujące okoliczności i argumentację.

Nie ma znaczenia, jak zostały ustalone analogiczne kryteria oceny ofert w innych postępowaniach, gdyż jest to autonomiczna decyzja każdego zamawiającego na potrzeby danego postępowania.

Nie ma sprzeczności w dokumentach zamówienia co do okresu gwarancji i rękojmi, jaki może wskazać wykonawca, gdyż wyłącznie w formularzu oferty określono, że okres gwarancji i rękojmi, jaki może wskazać wykonawca, ma zawierać się w przedziale pomiędzy minimum 24 miesiącami a maksimum 72. miesiącami. Określenie okresu gwarancji i rękojmi w sposób zgodny z SWZ i formularzem oferty było obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Jak wynika z treści SWZ zobowiązanie z tytułu gwarancji i rękojmi stanowi istotny element zarówno oferty, jak również umowy określającej wzajemne prawa i obowiązki stron.

W konsekwencji każda oferta, w której wskazano okres krótszy lub dłuższy nie jest zgodna z warunkami zamówienia. W szczególności zadeklarowanie 120-miesięcznego okresu gwarancji i rękojmi nie zobowiązywało Zamawiającego do uznania oferty RPM za prawidłową i zastosowanie tego okresu przy ocenie ofert z wykorzystanie wzoru wskazanego w SWZ.

Jak wskazuje się w doktrynie inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych,

niezamierzonych błędów, natomiast nie mogą być wynikiem świadomego i celowego

działania wykonawcy.

Drugim warunkiem poprawienia takiej omyłki jest nieistotność zmian treści oferty, jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że znaczenie ma tu nie tyle, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. W konsekwencji możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zamierzoną przez wykonawcę treść oświadczenia woli.

Według Zamawiającego treść odwołania potwierdza jego wcześniejsze ustalenia, że RPM nie pomylił się wpisując 120-miesięczny okres rękojmi i gwarancji, a uczynił to świadomie i celowo, skoro jego intencją było zabezpieczenie w najwyższym stopniu interesu Zamawiającego. W takim przypadku nie ma możliwości zmiany długości tego okresu, gdyż stanowiłoby to niedopuszczalną ingerencję w treść oferty, mającą na celu zmianę jej treści w elementach pierwotnie świadomie inaczej wskazanych przez Odwołującego w ofercie.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że w celu poprawienia treści oferty RPM zmuszony byłby do samodzielnego określenia długości okresu rękojmi i gwarancji, co jego zdaniem prowadziłoby to do niedopuszczalnych w świetle przepisów ustawy pzp negocjacji prowadzonych w toku czynności badania i oceny ofert i de facto do złożenia przez Odwołującego nowego oświadczenia woli w tym zakresie.

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 i argumentację, a w imieniu Zamawiającego, pomimo prawidłowego zawiadomienia, nikt się nie stawił na rozprawę.

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 wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty i unieważnienie postępowania uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Biorąc pod uwagę przywołane powyżej za odwołaniem, potwierdzone w odpowiedzi na odwołanie, a przede wszystkim odpowiadające rzeczywistemu stanowi rzeczy okoliczności co do treści dokumentów zamówienia i oferty RPM odnośnie okresu gwarancji i rękojmi, przy dołożeniu należytej staranności można było ustalić bez zwracania się o wyjaśnienia do drugiego podmiotu:

- w przypadku RPM, że oferowany okres ma się zawierać w przedziale od 24 do 72 miesięcy;

- w przypadku Zamawiającego, że zaoferowany przez RPM 120-miesięczny okres należy poczytać za dostatecznie ujawniający wolę zaoferowania co najmniej 72-miesięcznego okresu.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

Izba stwierdziła, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę złożoną przez Konsorcjum.

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 pkt 3 ustawy pzp obliguje zamawiającego do poprawienia w ofercie innych (niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian treści oferty, 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 (poniżej zwanej w skrócie: „SIWZ”)] w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 popz [przepis ten miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp]. Wystarczy tylko odnotować nieistotne w okolicznościach tej sprawy różnice terminologiczne wynikające z uczynienia obecnie punktem odniesienia „dokumentów zamówienia” zamiast, jak poprzednio, „SIWZ”, która z kolei obecnie nazywana jest „SWZ”. Innymi słowy na potrzeby dalszego wywodu „SWZ” i „SIWZ” to synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {dalej: „specyfikacja”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowanego przez zamawiającego.

Za utrwalone w doktrynie i orzecznictwie należy uznać stanowisko, że zarówno treść specyfikacji, 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 specyfikacji - jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią specyfikacji, ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym udostępnił specyfikację (art. 133 ust. 1 pzp; art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 13 i 16 popzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 63 ust. 1 pzp; art. 10a ust. 5 popzp), przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 218 ust. 2 pzp; art. 82 ust. 3 popzp).

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 specyfikacji 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 konsekwencji nie tylko treść wynikająca explicite ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią specyfikacji, gdyż - co do zasady - niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp [obecnie art. 226 ust. 1 pkt 5] mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów [por. J. Pieróg w: Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009]. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania specyfikacji dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w specyfikacji [por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2478/13].

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp [obecnie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp] musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami specyfikacji.

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 jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Zmiany te sprowadzają się to do wspominanej powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Jednakże, co ma kluczowe znaczenie w tej sprawie, wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, z uwagi

na 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 obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności 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 ze specyfikacją [tak m.in. w uzasadnieniach wyroków Izby wydanych: 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 woli wykonawcy w sposób nienaruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli - jeśli jest ono niejednoznaczne - w postaci instytucji wyjaśnień treści oferty, a także służące poprawieniu oferty - jeśli wprost nie odpowiada ona treści specyfikacji - instytucja poprawiania tzw. innych omyłek, a ponadto obliguje 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 wyłączona bowiem 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 specyfikacji, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, a w konsekwencji odrzucenia oferty [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}.

Jak to powyżej ustalono, RPM zaoferowało 120-miesięczny okres gwarancji i rękojmi w sytuacji, gdy Zamawiający określił w specyfikacji, że dopuszcza maksymalnie zaoferowanie 72-miesięcznej rękojmi i gwarancji.

Pozostaje zatem ocena, czy i w jaki sposób Zamawiający powinien dokonać skorygowania powyższej niezgodności.

Na wstępie należy zauważyć, 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 namówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) [vide uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11]. Jednocześnie czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy

uznać należy 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 ]. 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 dokonanym poprawieniu omyłki i ewentualne jego zakwestionowanie przez wykonawcę (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.

Resumując, 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 zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i na warunkach określonych w specyfikacji. Natomiast nie zawsze im się to udaje, choćby z powodu niedołożenia należytej staranności, i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważnie możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp.

Wprost z niego wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiste jest zatem, że przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie 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 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 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.

Tymczasem Zamawiający w tej sprawie [vide uzasadnienie odrzucenia oferty i odpowiedź na odwołanie] nie był w stanie podać żadnego istotnego i adekwatnego do zaistniałych okoliczności argumentu przemawiającego za brakiem możliwości poprawienia stwierdzonej przez siebie w ofercie Odwołującego niezgodności, która w oczywisty sposób nie ma istotnego znaczenia biorąc pod uwagę całokształt oferty. Zamawiający zdaje się w ten sposób negować możliwość zmiany treści oferty nawet w przypadku, gdy zaoferowano mu warunki lepsze niż wymagał. Jednakże art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp) nie ogranicza możliwości dokonywania zmian z punktu widzenia tego, czy dotyczą przedmiotowo lub podmiotowo istotnych albo nieistotnych elementów oferty, gdyż granicą dopuszczalności zmian jest to, nie stanowiła ona znaczącej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez wykonawcę w powyżej przedstawionym rozumieniu. 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. „kazusu lamp na obwodnicy Wrocławia", czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Podobne stanowisko Izba zajęła w uzasadnieniach wyroków z: 24 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2490/10 i z 28 września 2010 r. sygn. akt KIO1978/10.

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 [art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp], gdyż przepis 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 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 tzw. innych omyłek, o, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione.

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy Zamawiający, nawet bez kierowania wezwania do wyjaśnień, był w stanie zarówno stwierdzić na czym polega omyłkowa niezgodność, co uczynił, jak i w jaki sposób ją poprawić, czego bezpodstawnie zaniechał, pomimo że nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Resumując, w ocenie Izby z całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu oferty przez RPM wynika wola zaoferowania realizacji tego zamówienia na warunkach wynikających ze specyfikacji, w tym zaoferowania jak najdłuższego okresu gwarancji i rękojmi, a zatem obowiązkiem Zamawiającego było odpowiednie poprawienie tej oferty w sposób, który powinien być oczywisty dla Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3, a w konsekwencji również art. 255 pkt 3 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, orzeczono - w pkt 2. sentencji - stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 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 nimi Zamawiającego.