Sygn. akt KIO 462/22

WYROK

z dnia 8 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 4 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego 21 lutego 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ERA sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, NOVIA sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie [„Odwołujący"]

w postępowaniu pn. Świadczenie usług w zakresie kompleksowego sprzątania obiektów

oraz terenów zewnętrznych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w Sosnowcu oraz podległych Inspektoratów (nr postępowania: 380000/271/07/2021-ZAP)

prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, Oddział w Sosnowcu [„Zamawiający"]

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SEBAN sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, DGP PROVIDER sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, 7 MG sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, Partner Medica sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy [„Przystępujący"] - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża solidarnie Odwołujących i:

   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,

   2) zasądza od Odwołujących solidarnie na rzecz Przystępujących kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) - stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, Oddział w Sosnowcu

{dalej: „ZUS" lub „Zamawiający"} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia

na usługi pn. Świadczenie usług w zakresie kompleksowego sprzątania obiektów

oraz terenów zewnętrznych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w Sosnowcu oraz podległych Inspektoratów (nr postępowania: 380000/271/07/2021-ZAP).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 31 grudnia 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_255 pod poz. 674929.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

11 lutego 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania - wyborze jako najkorzystniejsze oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SEBAN sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, DGP PROVIDER sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, 7 MG sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, Partner Medica sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy {dalej: „Konsorcjum DGP" lub „Przystępujący"}.

21 lutego 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ERA sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, NOVIA sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie {dalej: „Konsorcjum Era" lub „Odwołujący"} wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego i zaniechania odrzucenia oferty

Konsorcjum DGP.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 - przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum DGP, mimo że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż: po pierwsze - przedłożone przez Konsorcjum DGP przedmiotowe środki dowodowe (szczegółowe kalkulacje kosztów wykonania usługi sprzątania) nie uwzględniają wszystkich pracowników, których skierowanie do realizacji zamówienia w zakresie sprzątania zaoferowało w formularzu ofertowym, a tym samym nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności nie potwierdzają, że wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia (sprzątania) będą zatrudnione przez cały okres realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę i będą otrzymywać wynagrodzenie w wysokości nie mniejszej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalone na podstawie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a wykonawcy

będą ponosić wszystkie koszty zatrudnienia tych osób; po drugie - cena oferty została ustalona niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, gdyż Konsorcjum DGP nie uwzględniło w szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania usługi sprzątania wymaganych elementów cenotwórczych dla wszystkich osób, których skierowanie do realizacji zamówienia w tym zakresie zaoferowało w formularzu ofertowym, wskutek czego cena ofertowa nie została ustalona zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (w szczególności ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę) oraz z wymaganiami Zamawiającego.

2. Art. 226 ust. 1 pkt 10 oraz art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 - przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum DGP, mimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu do kalkulacji ceny oferty mniejszej liczby pracowników niż zaoferowana do realizacji zatrudnienia, wskutek czego nie uwzględniono wszystkich elementów cenotwórczych wymaganych według warunków zamówienia, w szczególności kosztów: wynagrodzenia wszystkich osób skierowanych do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę (na poziomie minimalnego wynagrodzenia), pochodnych naliczonych od tych wynagrodzeń, związanych z Pracowniczymi Planami Kapitałowymi, wyposażenia pracowników oraz wykorzystywanych przez nich urządzeń.

3. Art. 239 ust. 1 - przez wybór oferty Konsorcjum DGP, mimo że podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Powtórzenia badania i oceny ofert.

3. Odrzucenia oferty Konsorcjum DGP.

Odwołujący sprecyzowali powyższe zarzuty w szczególności za pomocą następujących okoliczności dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{okoliczności faktyczne wynikające z odwołania}

Zgodnie z pkt IV.7 SWZ wykonawca zobowiązany jest skierować do wykonania usług

odpowiednią liczbę osób (która, z wyjątkiem szczególnych sytuacji, nie ulegnie zmianie przez cały okres realizacji zamówienia), mając na uwadze, aby realizacja usługi wchodzącej w zakres przedmiotu umowy przebiegała sprawnie, dokładnie, w określonych terminach. Przy czym Zamawiający określił minimalnie wymaganą liczbę osób i etatów - dla części I na 16 osób (14 etatów) do sprzątania wewnątrz budynków i 2 osoby (2 etaty) do sprzątania terenów zewnętrznych, a dla części II na 10 osób (9,4 etatu) do sprzątania wewnątrz budynków i 3 osoby (3 etaty) do sprzątania terenów zewnętrznych [pkt IV.7. SWZ w zw. z odpowiednio rozdziałem 13. pkt 16. i 18 załącznika nr 1A do SWZ i rozdziałem 12. pkt 16. i 18. załącznika nr 1B do SWZ].

Wykonawca zobowiązany był do określenia w formularzu ofertowym liczby osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia [pkt IV.7 SWZ]. W tym celu w formularzu ofertowym (załącznik nr 2 do SWZ) zamieszczono dla każdej części przedmiotu zamówieniu stosowane oświadczenie, wymagające podania odrębnie liczby osób do sprzątania wewnątrz budynków i na terenach zewnętrznych.

Zamawiający wymaga, aby osoby wykonujące czynności objęte przedmiotem zamówienia, w szczególności czynności polegające na sprzątaniu pomieszczeń oraz pielęgnacji terenów zielonych, z wyjątkiem koordynatorów i osób wykonujących czynności specjalistyczne, były zatrudnione przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, przez cały okres realizacji zamówienia, zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu pracy, za wynagrodzeniem w wysokości nie mniejszej niż minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie art. 6-8 ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę nie dotyczy jedynie koordynatorów oraz osób wykonujących czynności specjalistyczne, niezbędne do należytego wykonania zamówienia, tj. np. czynności polegające na odśnieżaniu dachów, usuwaniu sopli, myciu okien sposobem alpinistycznym lub z wysięgnika [pkt IV.9. i 10. SWZ oraz § 4 ust. 1 i 2 wzoru umowy].

Zamawiający zobowiązał wykonawcę, z którym zostanie zawarta umowa, do niepodejmowania żadnych działań w celu obchodzenia wymogów, o których mowa powyżej, w szczególności do ponoszenia kosztów wynagrodzenia osób realizujących przedmiot zamówienia, uwzględniającego koszty obowiązującego minimalnego wynagrodzenia za pracę, koszty odzieży, szkoleń i odpowiedniego wyposażania dla wykonania czynności (pkt IV.16. SWZ oraz § 4 ust. 3 wzoru umowy). Jednocześnie Zamawiający zastrzegł dla siebie w trakcie realizacji umowy uprawnienie do kontrolowania wykonawcy lub podwykonawcy odnośnie spełniania wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób bezpośrednio wykonujących przedmiot umowy za wynagrodzeniem nie niższym niż minimalne (§ 4 ust. 5-8 wzoru umowy).

Wykonawcy byli zobowiązani złożyć oferty, na które składają się: 1) formularz oferty wypełniony z wykorzystaniem wzoru z załącznika nr 2 do SWZ, 2) formularz cenowy - załącznik nr 3A lub 3B do SWZ, zależnie od części, na którą jest składana oferta.

Zgodnie z pkt X.3. SWZ cenę oferty należało obliczyć w oparciu o kalkulację własną, uwzględniając zakres, o którym mowa w opisie przedmiotu zamówienia, oraz jego specyfikę.

Cena brutto oferty winna obejmować całkowity koszt kompletnego wykonania przedmiotu zamówienia, a w szczególności zawierać koszty: 1) wynagrodzenia osób wykonujących przedmiot zamówienia, uwzględniającego koszt minimalnego wynagrodzenia, który powinien obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczone od wynagrodzeń, 2) koszty związane z Pracowniczymi Planami Kapitałowymi, 3) koszty wyposażenia pracowników oraz wykorzystywanych urządzeń, 4) koszty środków czystości i innych materiałów niezbędnych do realizacji usługi, 5) koszty administracyjne, ubezpieczenie firmy i inne koszty, 6) inne które mogą wystąpić przy realizacji umowy (zysk,

narzuty, podatki, VAT itp.), 7) wszelkie koszty ewentualnego powierzenia części zamówienia podwykonawcy.

Stosownie do punktu X.4. SWZ do oferty wykonawcy mieli dołączyć szczegółową kalkulację ceny ofertowej, umożliwiającą ocenę, czy cena ofertowa została ustalona zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności zgodnie z zapisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, oraz z wymaganiami Zamawiającego - załącznik nr 6 do SWZ. Jednocześnie Zamawiający określił szczegółową kalkulację ceny oferty sporządzoną wg wzoru z załącznika nr 6 do SWZ jako wymagany do złożenia wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy na potwierdzenie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego, a w szczególności zgodnie z obowiązującymi regulacjami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę [pkt IX. 2. SWZ].

W ramach tej szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania usługi sprzątania wykonawcy byli zobowiązani wypełnić przygotowaną przez Zamawiającego tabelę, podając jako elementy cenotwórcze w ujęciu miesięcznym, z uwzględnieniem wszystkich pracowników skierowanych do realizacji zamówienia, zarówno przez wykonawcę, jak i podwykonawcę, zatrudnionych na umowę o pracę, w szczególności: 1) liczbę osób, jaka zostanie skierowana przez wykonawcę do realizacji zamówienia [poz. 1.], 2) liczbę osób, jaka zostanie skierowana przez wykonawcę do realizacji zamówienia (z poz. 1.) w przeliczeniu na liczbę pełnych etatów [poz. 2.], 3) poszczególne koszty realizacji zamówienia, uśrednione w przeliczeniu na jeden etat [poz. 4.-12., 14.), 4) kwotę ewentualnej dotacji/dofinansowania ze środków publicznych [poz. 13.], 5) sumę kosztów realizacji zamówienia dla 1 etatu w ujęciu miesięcznym [poz. 15.], 6) sumę kosztów realizacji zamówienia dla wszystkich etatów w ujęciu miesięcznym [poz. 16.], 7) kwotę zysku w ujęciu miesięcznym [poz. 17.], 8) sumę kosztów i zysku w ujęciu miesięcznym [poz. 18], 9) cenę oferty netto [poz. 20]. Poniżej tabeli zamieszczono klauzulę: Z przedstawionych wyliczeń winno jednoznacznie wynikać, że ustalona cena ofertowa została skalkulowana zgodnie z obowiązującymi regulacjami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Konsorcjum DGP złożyło w formularzu ofertowym następujące oświadczenia:

1) Do realizacji Przedmiotu zamówienia - sprzątania wewnątrz budynków, zostanie skierowanych co najmniej 18 osób, natomiast do sprzątania terenów zewnętrznych co najmniej 2 osób. [dla części I zamówienia]

2) Do realizacji Przedmiotu zamówienia - sprzątania wewnątrz budynków, zostanie skierowanych co najmniej 13 osób, natomiast do sprzątania terenów zewnętrznych 3 co najmniej osób. [dla części II zamówienia]

W szczegółowych kalkulacjach kosztów wykonania usługi sprzątania Konsorcjum

DGP wpisało w szczególności następujące dane:

1) w poz. 1. - jako liczbę osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia - 18 osób, w poz. 2. - jako liczbę osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia (z poz. 1.) w przeliczeniu na liczbę pełnych etatów - 16,5 etatu, w poz. 16. - jako łączny koszt realizacji zamówienia dla wszystkich etatów w ujęciu miesięcznym (iloczyn poz. 2. i poz. 15.) - 66.010,73 zł, co stanowi iloczyn 16,5 etatu i kosztu na 1 etat w wysokości 4.000,65 zł (wskazanego w poz. 15.) [dla części I zamówienia]

2) w poz. 1. - jako liczbę osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia - 13 osób, w poz. 2. - jako liczbę osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia (z poz. 1.) w przeliczeniu na liczbę pełnych etatów - 12,4 etatu, w poz. 16. - jako łączny koszt realizacji zamówienia dla wszystkich etatów w ujęciu miesięcznym (iloczyn poz. 2. i poz. 15.) - 52.469,11 zł, co stanowi iloczyn 12,4 etatu i kosztu na 1 etat w wysokości 4.231,38 zł (wskazanego w poz. 15.) [dla części II zamówienia]

Odwołujący wywiedli, że zestawienie treści powyższych dokumentów oznacza, że Konsorcjum DGP sporządziło szczegółowe kalkulacje kosztów dla mniejszej liczby osób niż ta, którą zaoferowało skierować do realizacji tego zamówienia, tj. w części I dla 18 zamiast dla 20 osób, a w części II dla 13 zamiast dla 16 osób.

Według Odwołujących jest to błąd, który skutkować powinien odrzuceniem oferty Konsorcjum DGP na obu wskazanych na wstępie odwołania podstawach prawnych.

{okoliczności prawne wynikające z odwołania}

Według Odwołujących błędów występujących w ofercie Konsorcjum DGP nie da się naprawić w trybie żadnego z poniżej omówionych przepisów.

Nie jest możliwe zastosowanie art. 107 ust. 2 pzp, gdyż w przypadku przedmiotowych środków dowodowych możliwe jest jedynie wezwanie wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia tych środków, jeżeli wykonawca ich nie złożył lub są one niekompletne.

Natomiast złożone przez Konsorcjum DGP kalkulacje kosztów realizacji usługi są kompletne, ale nie potwierdzają, że przedmiot jego oferty spełnia wymagania odnośnie zatrudnienia wszystkich osób skierowanych do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę z wynagrodzeniem co najmniej minimalnym według obowiązujących przepisów oraz ponoszenia wszystkich związanych z tym kosztów.

Nie wchodzi również w grę zastosowanie art. 107 ust. 4 pzp lub art. 223 ust. 1 pzp, gdyż wyjaśnienia nie mogą polegać na zmianie dotychczasowej treści złożonego przedmiotowego środka dowodowego, a jedynie służyć rozwianiu ewentualnych wątpliwości.

W tym przypadku treść złożonych kalkulacji nie budzi wątpliwości, a jedynym możliwym sposobem jej poprawienia byłaby zmiana liczby pracowników podanych w poz. 1 tych dokumentów, a następnie dokonanie stosownych przeliczeń w pozostałych pozycjach, co prowadziłoby do niedopuszczalnych wg przepisów pzp zmian.

Z kolei art. 223 ust. 2 pzp w ogóle nie ma zastosowania do przedmiotowych środków dowodowych.

Niezależnie od tego według Odwołujących:

- po pierwsze, treść oferty i okoliczności jej złożenia nie wskazują, aby Konsorcjum DGP popełniło omyłkę, czyli niezamierzoną niezgodność oferty z wymaganiami Zamawiającego, gdyż z wyjaśnień Konsorcjum DGP z 7 lutego 2022 r. odnośnie liczby etatów wskazanych w poz. 2 kalkulacji, że została ona ustalona świadomie, po dokładnej analizie wymagań Zamawiającego;

- po drugie, Zamawiający nie dysponuje danymi, aby poprawić samodzielnie (bez udziału wykonawcy) zaistniały błąd, w szczególności, aby przeliczyć brakującą liczbę pracowników, którzy mają być skierowani do realizacji zatrudnienia, na pełne etaty (poz. 2), czy obliczyć zysk miesięczny po przeliczeniu kosztów (poz. 17);

- po trzecie, poprawienie błędu prowadziłoby do istotnej zmiany treści złożonej oferty.

W odpowiedzi na odwołanie z 24 lutego 2022 r. Zamawiający oświadczył, że na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy pzp uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Ponadto Zamawiający poinformował, że unieważnił dokonany 10 lutego 2022 r. wybór oferty Konsorcjum DGP jako najkorzystniejszej, powtórzył badanie i ocenę ofert, a w wyniku tych czynności podjął decyzję o odrzuceniu oferty Konsorcjum DGP oraz wezwaniu Konsorcjum Era w trybie art. 126 ust. 1 pzp do złożenia podmiotowych środków

dowodowych.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia z 24 lutego 2022 r. wnieśli o oddalenie odwołania, a na posiedzeniu przed Izbą zgłosili sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

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

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

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

Zamawiający uzupełniająco do złożonej odpowiedzi wskazał, że podziela w pełni stanowisko Odwołujących co do tego, że zasadniczym dokumentem jest formularz oferty, natomiast załącznik nr 6 miał stanowić potwierdzenie spełniania wymagania, aby za cenę oferty było możliwe zatrudnienie na podstawie umowy o pracę wskazanej w formularzu oferty liczby pracowników za wynagrodzenie odpowiadające co najmniej przepisom o minimalnej wysokości wynagrodzenia. W tym przypadku nie doszło zatem do wykazania spełnienia tego warunku przedmiotowego, jednocześnie nie ma podstaw prawnych do wezwania do uzupełnienia lub poprawienia załącznika nr 6.

Zdaniem Zamawiającego nie znajduje również tutaj zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż dotyczy on poprawiania niezgodności pomiędzy ofertą a dokumentami zamówienia opracowanymi przez Zamawiającego, którym nie jest kalkulacja szczegółowa ceny oferty w postaci wypełnionego przez Przystępujących załącznika nr 6.

Natomiast Przystępujący w następujący sposób uzasadnił wniosek o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Nie ma zarzucanych w odwołaniu niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia oraz błędu w obliczeniu ceny oferty, gdyż co najwyżej wystąpiła nieścisłość pomiędzy poszczególnymi dokumentami składającymi się na ofertę co do liczby osób przewidzianych do realizacji usług, którą Zamawiający mógł we własnym zakresie zidentyfikować i poprawić jako tzw. „inną omyłkę".

Przystępujący zwrócili uwagę, że wg sposobu obliczenia ceny oferty opisanego w rozdziale X SWZ punktem wyjścia dla ustalenia ceny oferty w danej części zamówienia jest formularz cenowy (stanowiący odpowiednio załącznik nr 3a i 3b do SWZ) oraz szczegółowa kalkulacja ceny (stanowiąca załącznik nr 6 do SWZ), z których to dokumentów następnie cena oraz informacje dotyczące liczby przewidzianych pracowników miały być przeniesione do formularza oferty (stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ). Zatem wpierw każdy wykonawca miał określić cenę za poszczególne czynności w postaci stawek jednostkowych za metr kwadratowy danej powierzchni, zgodnie ze szczegółowym rozbiciem formularza cenowego, dochodząc do łącznej ceny oferty. Natomiast w przypadku szczegółowej kalkulacji ta sama cena oferty miała być przedstawiona wychodząc od liczby osób oraz etatów przewidzianych do wykonania zamówienia w danej części.

Biorąc pod uwagę taki sposób obliczenia ceny oferty, a także treść dwóch pierwszych wierszy załącznika nr 6 do SWZ zarzuty odwołania należy uznać za co najmniej przedwczesne, gdyż jeżeli Zamawiający miał wątpliwości, jak poprawić powstałą nieścisłość, mógł i powinien przed dokonaniem tej czynności wezwać do wyjaśnień Przystępujących.

Zdaniem Przystępujących ponieważ ze wszystkich trzech dokumentów oferty wynika ta sama cena oferty i biorąc pod uwagę przewidziany sposób obliczenia ceny oferty, należy uznać liczbę osób wskazaną w załączniku nr 6 jako właściwą, przy czym odpowiednio w części I dwie, a w części trzeciej trzy osoby spośród liczby wskazanej należy uznać za przewidziane do sprzątania terenów zewnętrznych.

Przystępujący podkreślili, że na przeszkodzie poprawieniu w taki sposób oferty nie stoją kryteria oceny ofert, gdyż liczba osób przewidzianych do wykonywania usług nie jest jednym z nich, a ponadto liczba osób wskazana w załączniku nr 6 spełnia minimalne wymagania Zamawiającego.

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 wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożyli wspólnie ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie mogą ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępujących uniemożliwia Odwołującym uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mogliby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne dla rozpoznawanej sprawy.

Odnośnie treści specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ" lub „specyfikacja"}.

Z postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia - zawartych w rozdziale IV oraz w załącznikach nr 1A i 1B - wynika w szczególności, co następuje.

Przedmiotem tego zamówienia są usługi: po pierwsze - kompleksowego sprzątania wewnątrz obiektów Zamawiającego, po drugie - utrzymania w czystości terenów zewnętrznych posesji i pielęgnacji zieleni wokół obiektów, odśnieżania, usuwania oblodzeń i śliskości w okresie zimowym, po trzecie - dezynfekcji i deratyzacji, prania odzieży ochronnej lekarzy orzeczników, odzieży roboczej, parawanów i pościeli z pokoi gościnnych oddziału [pkt 3.]

Zamówienie zostało podzielone na dwie części, z których pierwsza dotyczy świadczenia powyższych usług w odniesieniu do budynków i terenów oddziału ZUS

w Sosnowcu, a druga na potrzeby budynków i terenów inspektoratów ZUS w Sosnowcu [pkt 4.]

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został odpowiednio: dla części I - w Załączniku nr 1A do SWZ, dla części II - w załączniku nr 1B do SWZ [pkt 6.]

Zamawiający - mając na uwadze, aby realizacja usług przebiegała sprawnie, dokładnie, w określonych terminach - zobowiązał wykonawcę (lub podwykonawcę) do skierowania do ich wykonywania odpowiedniej liczby osób. Stąd każdy oferent miał określić w formularzu ofertowym liczbę osób uczestniczącą w realizacji zamówienia, która, z wyjątkiem szczególnych sytuacji, miała być niezmienna przez cały okres realizacji umowy [pkt 7.].

Przy czym Zamawiający określił dla obu części minimalnie wymaganą liczbę osób i etatów: część I - 18 osób (16 etatów), z czego dwie osoby (2 etaty) do sprzątania terenów zewnętrznych [pkt 16. i 18. obowiązków wykonawcy z pkt 13 załącznika nr 1A]; część II -13 osób (12,4 etatu), z czego trzy osoby (trzy etaty) do sprzątania terenów zewnętrznych [pkt 16. i 18. obowiązków wykonawcy z pkt 12. załącznika nr 1B].

Zamawiający wymaga również, aby wszystkie te osoby - z wyjątkiem koordynatorów oraz osób wykonujących specjalistyczne czynności niezbędne do należytego wykonania zamówienia (np. odśnieżanie dachów, usuwanie sopli czy mycie okien sposobem alpinistycznym lub z wysięgnika) - były zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez cały okres realizacji zamówienia, zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu pracy, co najmniej za minimalne wynagrodzenie ustalone na podstawie art. 6-8 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 ze zm.) [pkt 8. i 10.].

Z postanowień dotyczących opisu sposobu określenia ceny oferty - zawartych w rozdziale X, z uwzględnieniem treści załączników nr 3A, 3B i 6 - wynika w szczególności,

co następuje.

Cenę oferty stanowi ryczałtowa cena brutto za wykonywanie przedmiotu zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy odrębnie dla każdej z części. Przy czym cenę oferty należało obliczyć w oparciu o kalkulację własną, uwzględniając zakres, o którym mowa w opisie przedmiotu zamówienia oraz jego specyfikę [pkt 1. i 3. zd. 1.].

Wykonawca miał ustalić cenę ofertową w oparciu o właściwy dla danej części zamówienia „Formularz cenowy", stanowiący odpowiednio załącznik nr 3A lub 3B, z którego to formularza wynika następująca kolejność działań.

We wzorach formularzy cenowych wyszczególnione zostały: 1) powierzchnie wewnętrzne i zewnętrzne podlegające sprzątaniu w podziale na poszczególne obiekty i tereny, 2) obiekty w podziale na rodzaje pomieszczeń podlegające dezynfekcji, 3) obiekty w podziale na rodzaje pomieszczeń podlegające deratyzacji, 4) powierzchnie dachów podlegające doraźnemu odśnieżaniu, 5) liczba sztuk odzieży w podziale na jej rodzaje podlegająca doraźnemu praniu (tylko w załączniku nr 3A).

Wpierw należało zatem określić cenę jednostkową poszczególnych usług (w oparciu o wspominaną powyżej kalkulację własną) za: ad 1) i 4) - jeden m^2 powierzchni wewnętrznej danego obiektu, powierzchni zewnętrznej danego terenu i powierzchni dachu danego obiektu, ad 2), 3) - jedną dezynfekcję pomieszczeń danego rodzaju, jedną deratyzację danego obiektu, ad 5) - jedną szt. odzieży danego rodzaju.

W następnych krokach należało dokonać działań wynikających z danych podanych we wzorach formularzy (z uwzględnieniem szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia), dla wyliczenia: ad 1), 2), 5) cenny netto i brutto za miesiąc świadczenia danej usługi, ad 3) i 4) ceny netto za jedną usługę danego rodzaju, aby - po przemnożeniu przez liczbę: ad 1), 2), 5) - miesięcy, ad 3) i 4) przewidywaną liczbę deratyzacji i odśnieżań dachów - finalnie dojść do łącznej ceny oferty za daną część zamówienia (rubryka łączna wartość brutto).

Zamawiający zastrzegł [a właściwie pouczył o tym, co - abstrahując od zysku - jest konieczne dla ustalenia ceny oferty, która nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia], że owa cena brutto oferty winna obejmować całkowity koszt kompletnego wykonania przedmiotu zamówienia, a w szczególności zawierać koszty: 1) wynagrodzenia osób wykonujących przedmiot zamówienia, uwzględniającego koszt minimalnego wynagrodzenia, który powinien obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczone od wynagrodzeń, 2) koszty związane z Pracowniczymi Planami Kapitałowymi, 3) koszty wyposażenia pracowników oraz wykorzystywanych urządzeń, 4) koszty środków czystości i innych materiałów niezbędnych do realizacji usługi, 5) koszty administracyjne, ubezpieczenie firmy i inne koszty, 6) inne, które mogą wystąpić przy realizacji umowy (zysk, narzuty, podatki, VAT itp.), 7) wszelkie koszty ewentualnego

powierzenia części zamówienia podwykonawcy [pkt 3. zd. 2.]

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł dla siebie w celu sprawdzenia, czy cena oferty została ustalona w powyższym zakresie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę [jak się wydaje - pkt 1), 2) powyższego wyliczenia], oraz zgodnie z wymaganiami Zamawiającego [jak się wydaje - pkt 3), 4), 5), 6), 7) powyższego wyliczenia] - wymagał załączenia do oferty szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej sporządzonej według wzoru z załącznika nr 6, odrębnie dla każdej z części zamówienia [pkt 4].

Załącznik nr 6 pn. „Szczegółowa kalkulacja kosztów wykonania usługi sprzątania" zawiera tabelę, w której w pierwszej kolejności należało wpisać liczbę osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz jej przeliczenie na liczbę etatów [poz. 1. i 2. tabeli].

Większość pozycji tabeli służy wyspecyfikowaniu wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracownika w wymiarze pełnego etatu, które wykonawca zobowiązany był podać w przeliczeniu na miesiąc [poz. 3.-12. i 14.], a następnie zsumować [poz. 15.].

W kolejnym kroku należało podać iloczyn tej ostatniej kwoty i liczby etatów z poz. 2. jako „koszt realizacji zamówienia dla jednego etatu w ujęciu miesięcznym" [poz. 16.].

Następnie należało podać uśredniony miesięczny zysk w przeliczeniu na jeden etat [poz. 17].

Wreszcie iloczyn sumy tych dwóch ostatnich kwot [poz.18.] i 24-miesięcy realizacji zamówienia miał odpowiadać łącznej cenie oferty netto na daną część zamówienia.

W Rozdziale IX - wg nazwy obejmującym wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia - w pierwszej kolejności uregulowano, jakie dokumenty ma zawierać oferta składana za pośrednictwem platformy zakupowej [w pkt 1. i 2.].

W pierwszej kolejności wyszczególniono, jako „ofertę": wypełniony formularz oferty z załącznika nr 2 do SWZ oraz wypełniony formularz cenowy z załącznika nr 3A lub 3B [pkt 1. 1) lit. a) oraz b).

W drugiej kolejności wymieniono sześć rodzajów dokumentów składanych „wraz z ofertą" [pkt 1.2) lit. a)-f)].

W trzeciej kolejności został wskazany wypełniony załącznik nr 6 do SWZ, który został tu dodatkowo nazwany przedmiotowym środkiem dowodowym na potwierdzenie spełniania wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia określonych przez Zamawiającego, czyli de facto na potwierdzenie wyceny kosztów związanych z zatrudnieniem pracownika zgodnie z obowiązującymi przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, gdyż tylko takie zostały jednoznacznie tu sprecyzowane [pkt 3.].

Przy czym, choć dokument ten miał zostać złożony wraz z ofertą, Zamawiający wskazał, że możliwe będzie jego uzupełnienie w całości lub w części na zasadach wynikających z art. 107 ust. 2 i 3 ustawy pzp [pkt 4.].

Ze wzoru formularza oferty stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ wynika w szczególności, że w pierwszej kolejności należało w nim wpisać, odrębnie dla każdej

części, cenę oferty („cena brutto za wykonanie całości zamówienia”), a następnie wyszczególnić: wartość netto, kwotę VAT wg stawki 8%, kwotę VAT wg stawki 23%. Przy czym zgodnie z zamieszczonymi przez Zamawiającego klauzulami ceny jednostkowe, na podstawie których została ustalona cena ofertowa zostały wskazane w formularzu cenowym - załączniku nr 3A lub 3B do SWZ.

W następnym kroku należało uzupełnić, ponownie odrębnie dla każdej części oświadczenia w brzmieniu: Do realizacji Przedmiotu zamówienia - sprzątania wewnątrz budynków, zostanie skierowanych co najmniej .... osób, natomiast do sprzątania terenów zewnętrznych co najmniej.....osób.

Ze wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ, wynika, że:

- uzupełnienie klauzuli określającej liczbę osób skierowaną do sprzątania wewnątrz budynków i do sprzątania terenów zewnętrznych nastąpi na podstawie oferty wybranego wykonawcy [§ 3 ust. 1];

- podstawą do obliczenia comiesięcznego wynagrodzenia należnego wykonawcy jest iloczyn cen jednostkowych określonych przez niego w formularzu cenowym i odpowiednio w danym okresie rozliczeniowym: powierzchni podlegających sprzątaniu wewnętrznemu lub zewnętrznemu, liczba wykonanych dezynfekcji lub deratyzacji, powierzchni dachów faktycznie odśnieżonych, liczba sztuk odzieży faktycznie wypranej [§ 8 ust. 3-8].

Podkreślić należy, że z przywołanych powyżej postanowień wynika, że z punktu widzenia przepisów ustawy pzp wypełniony załącznik nr 6 do SWZ jako szczegółowa kalkulacja kosztów wykonania usługi sprzątania stanowi zarówno treść oferty odzwierciedlającą drugi z wymaganych sposobów obliczenia jej ceny, jak sui generis przedmiotowy środek dowodowy, służący de facto wstępnemu wykazaniu, że cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnośnie treści oferty złożonej przez Konsorcjum DGP.

Niesporne jest, że w przypadku obu części zamówienia wycena w formularzach cenowych (czyli wypełnionych załącznikach 3A lub 3B do SWZ) daje cenę oferty, która została odzwierciedlona w formularzu oferty, z kolei wycena w ramach tzw. „Szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania usługi sprzątania” (czyli wypełnionego załącznika nr 6 do SWZ) odpowiada wartości netto oferty.

Niesporne jest również, że o ile wypełnionym formularzu oferty określono liczbę osób, które zostaną skierowane do sprzątania na 18 do powierzchni wewnętrznych i 2 na terenach zewnętrznych (co daje łącznie 20 osób) dla części I i 13 do powierzchni wewnętrznych i 3 na terenach zewnętrznych (co łącznie daje 16 osób) dla części II, o tyle w wypełnionych formularzach załączników nr 6 do SWZ liczba osób, które zostaną skierowane do wykonania przedmiotu zamówienia została określona na odpowiednio 18 (16,5 etatu) dla części I i 13 (12,4 etatu) dla części II.

W konsekwencji za niesporne należy uznać, że wszystkie wyliczenia zawarte w ofercie Konsorcjum DGP zostały dokonane przy uwzględnieniu odpowiednio 18 osób (16,5 etatu) dla części I i 13 (12,4 etatu) osób dla części II, a taka liczba osób i etatów odpowiada wymaganej przez Zamawiającego minimalnej liczbie osób i etatów. Przy czym niesporne było, że taka liczba osób jest wystarczająca do należytego wykonania usług objętych przedmiotem zamówienia w ramach każdej z części.

Powyższe prowadzi do wniosku, że jedynym racjonalnym, bo najprostszym, sposobem usunięcia zaistniałej wewnętrznej sprzeczności pomiędzy dokumentami oferty Konsorcjum DGP, z których każdy ma charakter jego oświadczenia woli, jest uznanie, że ze złożonej w taki sposób oferty wynika wola skierowania do bezpośredniego wykonywania czynności sprzątania takiej liczby osób, która była podstawą obliczeń w ramach szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania usługi, czyli odpowiednio osiemnastu w części I i trzynastu w części II, z czego do sprzątania terenów zewnętrznych - jak to wskazano w formularzu oferty - odpowiednio dwóch w części I i trzech w części II.

Ustalenie powyżej zaprezentowanej wykładni treści zarówno SWZ, jak i oferty, które stanowią oświadczenia woli odpowiednio Zamawiającego lub Konsorcjum DGP adresowane odpowiednio do wykonawców lub Zamawiającego, czyli profesjonalnych uczestników obrotu, odpowiada regułom wykładni z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}. Zgodnie z tym

przepisem (który znajduje zastosowanie na mocy odesłania zawartego w art. 8 ust. 1 pzp) oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest bezzasadne.

Odwołujący bezpodstawnie domagają się odrzucenia oferty Przystępujących z dwóch różnych podstaw prawnych, ale de facto z powodu tych samych okoliczności faktycznych, z których w odwołaniu wyciągnięto nieuprawnione wnioski, gdyż oferta Konsorcjum DGP nie jest ani niezgodna z warunkami tego zamówienia wynikającymi z SWZ, ani nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.

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, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp] polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Z kolei według art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp - zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp - przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby zrozumienia dalszego wywodu „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Z kolei art. 89 ust. 1 pkt 6 popzp miał brzmienie identyczne z obecnie obowiązującym art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp.

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 właśnie do wspominanej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

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

Warto przypomnieć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 popzp [odpowiednika obowiązującego art. 223 ust. 2 pzp] było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy popzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to wprost z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych

innych ustaw: W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.

W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu 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 [obecnie art. 226 ust. 1 pkt 11 pzp, poprzednio, w art. 89 ust. 1 pkt 7 popz, mowa była o braku zgody na poprawienie], niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

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 jeżeli dojdzie do wystąpienia niezgodności treści oświadczenia woli wyrażonego w ofercie z treścią specyfikacji, choćby z powodu niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu oferty, wtedy wpierw zamawiający ma obowiązek rzetelnego rozważenia możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp.

Z przepisu tego wprost wynika, że granicą jego zastosowania jest istotna zmiana treści oferty, o czym każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia czy warunków jego realizacji. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu

zamówienia.

Na powyższe uwarunkowania trafnie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie

w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 102/09: W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian" należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ponadto jak to słusznie wskazano w uzasadnieniu wyroku z 13 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2810/11: [w] orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazusu lamp na obwodnicy Wrocławia", czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Podobne stanowisko Izba zajęła w uzasadnieniach wyroków wydanych 24 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2490/10 i 28 września 2010 r. sygn. akt 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 [aktualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp], gdyż przepis ten wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z wyjaśnień wykonawcy może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem Izby należy odróżnić skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem treści informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień.

Skoro przywołane powyżej przepisy ustawy pzp nie tylko dopuszczają, ale i nakazują poprawienie niezgodności treści oferty z treścią warunków zamówienia, tym bardziej za dopuszczalne i konieczne należy uznać dokonywanie wykładni oświadczenia woli, jakim jest oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak już o tym wspomniano powyżej, przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp, której przepisy nie regulują odmiennie wykładni oświadczeń woli składanych przez wykonawców i zamawiających, znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

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

w drodze wykładni, powinna bowiem ponieść strona, która zredagowała umowę.

Z kolei z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 17 stycznia 2013 r. sygn. akt I ACa 728/12 wynika, że dyrektywy wykładni oświadczenia woli z art. 65 kc, które nakazują tłumaczyć jego treść nie tylko ściśle przez pryzmat jego literalnego brzmienia, lecz uwzględniać także wskazane w tym przepisie argumenty pozajęzykowe. Przepis art. 65 § 2 kc dopuszcza zatem sytuację, w której właściwy sens oświadczenia woli (umowy) ustalony przy zastosowaniu wskazanych w nim dyrektyw będzie odbiegał od „jasnego" znaczenia w świetle reguł językowych. Proces interpretacji może się zatem zakończyć dopiero wtedy, gdy treść oświadczenia woli (umowy) jest „jasna" po zastosowaniu kolejnych reguł wykładni (vide: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r., II PK 281/09, LEX nr 602248; z dnia 17 czerwca 2009 r., IV CSK 90/09, LEX nr 512012).

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

Reasumując, w okolicznościach rozstrzyganej sprawy przy dołożeniu należytej staranności Zamawiający, nawet bez kierowania wezwania do wyjaśnień, powinien był i mógł nie tylko stwierdzić, na czym polega wewnętrzna sprzeczność oferty Odwołującego, ale i w jaki sposób ją usunąć w drodze wykładni oświadczenia woli. W ocenie Izby z całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu tej oferty wynika bowiem wola zaoferowania realizacji tego zamówienia na warunkach wynikających ze specyfikacji, w tym odnośnie wymaganej liczby osób przeznaczonych bezpośrednio do wykonywania usług sprzątania za wynagrodzeniem uwzględniającym wszystkie wymagania wynikające ze stosownych przepisów.

Mając powyższe na uwadze, Izba - działając na podstawie art. 553 zd. 1 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 Przystępujących w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, orzeczono - w pkt 2. sentencji - stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 2 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 Odwołującego.