

WYROK

Warszawa, dnia 23 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę ROKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Powiatowych Powiatu Warszawskiego Zachodniego,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Zarządowi Dróg Powiatowych Powiatu Warszawskiego Zachodniego:
 - 1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach,
 - 1.2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego – wykonawcy ROKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
 - 1.3. Poprawienie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.) omyłki pisarskiej na str. 2 Formularza Oferty odwołującego poprzez wpisanie w zdaniu w pozycji nr 4 w miejsce frazy „270 dni” frazy „240 dni” oraz zawiadomienie o tym odwołującego oraz wyznaczenie odwołującemu terminu 3 dni na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia.
 - 1.4. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego – Zarząd Dróg Powiatowych Powiatu Warszawskiego Zachodniego i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę ROKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.2. Zasądza od zamawiającego – Zarządu Dróg Powiatowych Powiatu Warszawskiego Zachodniego na rzecz odwołującego – wykonawcy ROKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1497/24

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Powiatowych Powiatu Warszawskiego Zachodniego zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*rozbudowę drogi powiatowej nr 2420W ul. Rolniczej – etap 1 o dł. ok. 1600 mb. gm. Łomianki*”. Numer referencyjny tego zamówienia to ZP-2/2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 marca 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00226961/01.

W dniu 29 kwietnia 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca ROKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą ROKOM”, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, stawiając jednocześnie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP (zarzut nr 1),
- 2) zaniechaniu poprawienia omyłki w treści oferty Odwołującego dotyczącej terminu realizacji zamówienia, stawiając jednocześnie zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy PZP (zarzut nr 2),
- 3) wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach (zwanego dalej „wykonawcą Mostostal Zabrze”), stawiając jednocześnie zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, co uwzględniając dane zawarte w ofercie Odwołującego i postanowienia SWZ ma bezpośredni wpływ na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania, a także nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej wyniku: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, poprawienie omyłki w treści oferty Odwołującego w odniesieniu do terminu realizacji zamówienia oraz ponowienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej Odwołujący wskazał, że aktualne postępowanie jest drugim w kolejności obejmującym tożsamy zakres rzeczowy zamówienia. Pierwsze postępowanie było wszczęte w dniu 30 stycznia 2024 r. Zgodnie z SWZ w tym postępowaniu Zamawiający wyznaczył termin realizacji zamówienia jako 270 dni od zawarcia umowy. Termin ten był narzucony, nie stanowił kryterium oceny ofert i był wpisany do treści pkt 4 Formularza ofertowego i do § 3 SWZ. Odwołujący podkreślił, że dokumenty zamówienia nie zawierały wyodrębnionych załączników, w tym w szczególności Formularza ofertowego. SWZ oraz wszystkie wymagane do złożenia wraz z ofertą załączniki, w tym Formularz ofertowy, stanowiły jeden plik w formacie doc., co powodowało, że w celu złożenia oferty wykonawcy musieli dokonywać podziału pliku na poszczególne załączniki. Odwołujący w tym pierwszym postępowaniu złożył ofertę na Formularzu ofertowym wyekstraktowanym z ciągłego pliku zawierającego SWZ. Zamawiający następnie unieważnił pierwsze postępowanie z powodu braku środków finansowych.

Natomiast w aktualnym postępowaniu Zamawiający dokonał skrócenia terminu realizacji zamówienia z dotychczasowego terminu 270 na 240 dni. Podobnie jak w pierwszym postępowaniu termin ten był narzucony, nie stanowił kryterium oceny ofert i został wpisany do treści pkt 4 Formularza ofertowego i do § 3 SWZ. W przypadku projektu umowy sam Zamawiający pierwotnie omyłkowo zastosował termin z pierwszego postępowania i czynnością z dnia 14 marca 2024 r. dokonał modyfikacji projektu umowy w następujący sposób: *„Zgodnie z treścią art. 3 § 3 ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia, treścią ustępu 4 Formularza ofertowego oraz pkt. 4.2.10 ogłoszenia o zamówieniu (nr 2024/BZP 00226961/01) Zamawiający wyznaczył termin realizacji zamówienia na 240 dni od daty podpisania umowy. Jednocześnie w § 3 ust. 2 projektu umowy wskazano termin realizacji na 270 dni od daty zawarcia umowy. W związku z rozbieżnością zamawiający nadaje § 3 ust. 2 projektu umowy nowe następujące brzmienie: ”2. Zakończenie Projektu nastąpi w terminie 240 dni od daty zawarcia niniejszej Umowy”*. Odwołujący podniósł, że nie kwestionował wymagania SWZ w odniesieniu do terminu realizacji zamówienia jako wynoszącego 240 dni i termin taki zaoferował i uwzględnił w wycenie ofertowej, jednak w wyniku omyłki edytorskiej doszło do omyłkowego podania wartości 270 dni zamiast wymaganej 240 dni. W pierwszym postępowaniu dokumenty zamówienia nie zawierały wyodrębnionych załączników, w tym w szczególności Formularza ofertowego. SWZ oraz wszystkie wymagane do złożenia wraz z ofertą załączniki w tym Formularz ofertowy stanowiły jeden plik w formacie doc. Analogiczny format ma dokumentacja zamówienia w obecnie prowadzonym postępowaniu. Odwołujący z uwagi na to, że ofertę składał również uprzednio w pierwszym, wykorzystał w celu złożenia oferty w aktualnie prowadzonym postępowaniu formularz ofertowy z pierwszego postępowania, aktualizując jego treść, jednak omyłkowo nie dokonał aktualizacji w pkt 4 Formularza i pozostawił w tym punkcie zamiast 240 dni termin 270 dni. Odwołujący przed dokonaniem przez Zamawiającego czynności odrzucenia jego oferty zorientował się, że popełnił omyłkę edytorską podczas wypełniania Formularza ofertowego w pkt 4 i powiadomił Zamawiającego o tym fakcie pismem z dnia 10 kwietnia 2024 r. wskazując w szczególności na omyłkowy charakter podanego terminu, jak również źródło powstania omyłki. Następnie Zamawiający czynnością dokonaną z dnia 22 kwietnia 2024 r. odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i jako taka podlega odrzuceniu w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy PZP. Zamawiający przywołał w uzasadnieniu odrzucenia treść SWZ i

niesporne wymaganie dotyczące terminu 240 dni realizacji zamówienia. Uzasadnienie czynności Zamawiającego wskazuje także na istotny charakter terminu realizacji zamówienia – istotny wpływ na sposób realizacji zamówienia (z uwagi na konieczność wykonania bitumicznych robót nawierzchniowych w odpowiednich warunkach atmosferycznych), ale również na cenę oferty, ta zaś na konkurencyjność i wynik postępowania. Zamawiający wskazał, że dłuższy termin realizacji zamówienia miałby w jego ocenie stanowić podstawę do obniżenia ceny ofertowej, natomiast zdaniem Odwołującego dłuższy termin to dłuższe koszty realizacji zamówienia, w tym wynagrodzenia personelu i utrzymania placu budowy. Odwołujący podkreślił, że w żaden sposób nie kontestował on wymaganego w SWZ terminu realizacji zamówienia w aktualnie prowadzonym postępowaniu, który wynosi 240 dni. Taki właśnie termin Odwołujący uwzględnił w złożonej ofercie i dokonanej wycenie na potrzeby postępowania. Odwołujący podniósł, że gdyby miało być tak, jak twierdzi Zamawiający, tj. że termin 270 dni jako dłuższy umożliwił obniżenie ceny oferty Odwołującego i dzięki temu był w stanie zaoferować najniższą cenę w postępowaniu, to z pewnością nie wnosiłby aktualnie odwołania domagając się poprawienia omyłki w celu przywrócenia jej zgodności z warunkami zamówienia, potwierdzając tym samym, że za cenę ofertową przewidział realizację zamówienia w wymaganym 240 dniowym terminie. Odwołujący wskazał ponadto, że jak wynika z treści jego oświadczenia woli zawartego w treści pkt 5 Formularza ofertowego: „*Po zapoznaniu się ze Specyfikacją warunków zamówienia oraz warunkami umownymi zawartym w przekazanym projekcie umowy, oświadczamy, że przyjmujemy wszystkie warunki Zamawiającego bez zastrzeżeń i zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach określonych w projekcie umowy*”.

Według Odwołującego okoliczności sprawy wskazują na dopuszczalność dokonania przez Zamawiającego poprawienia omyłki zarówno w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 jak i pkt 3 ustawy PZP. W odniesieniu do kwestii poprawienia omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, czyli poprawienia oczywistych omyłek pisarskich, w sprawie mamy do czynienia z omyłkowo podaną jedną cyfrą - zamiast 240 podano 270. Odwołujący powołał się przy tym na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 grudnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3425/21, z dnia 21 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 353/22 i z dnia 2 czerwca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1357/22. Odwołujący wyjaśnił, że edytując formularz ofertowy z poprzedniego unieważnionego postępowania pominął zmianę cyfry w ilości dni pozostawiając omyłkowo niezmienioną cyfrę 7 zamiast prawidłowej 4. Jego zdaniem omyłkę taką można uznać za oczywistą omyłkę pisarską, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, ponieważ wykrycie tej niezgodności i jej poprawienie nie wymaga niczego więcej, niż rozpoznania ciągu cyfr. Omyłka taka rzuca się każdej osobie w oczy, a jej poprawienie nie wymaga żadnych wiadomości specjalnych, natomiast sam termin realizacji umowy był narzucony, co wykluczało jakąkolwiek dowolność w tym zakresie po stronie wykonawców. Odwołujący dodał, że w przypadku oczywistej omyłki pisarskiej ustawa PZP nie warunkuje dopuszczalności jej poprawienia od przypadku, gdy dotyczy ona elementów nieistotnych oferty. Odwołujący zauważył też, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza poprawianie w tym trybie elementów oferty, które stanowią nawet podstawę punktacji w kryteriach oceny ofert, co kontrastuje ze stanowiskiem Zamawiającego z uzasadnienia odrzucenia oferty z którego ma wynikać, że tryb poprawienia omyłek nie mógłby dotyczyć narzuconego terminu realizacji zamówienia z uwagi na jego istotny dla oferty i realizacji zamówienia charakter.

Odwołujący przypomniał, że termin realizacji zamówienia w przedmiotowym postępowaniu ma charakter terminu sztywnego i w szczególności deklarowany termin nie stanowi podstawy punktacji w ramach kryterium oceny ofert, zatem poprawienie omyłki w żaden sposób nie wpływa ani na wynik postępowania ani też na ranking ofert. Choć w tej sprawie błędnie została wykorzystana przez Odwołującego pozycja z niezaktualizowanego formularza, to jednak nie zostało to uczynione świadomie, a przez zwykłe niedopatrzenie, a więc omyłkę. Odwołujący zwrócił uwagę, że istnieje tylko jeden sposób poprawienia omyłki i przywrócenia zgodności z SWZ, ponieważ termin realizacji zamówienia wynoszący 240 dni jest sztywny. Zważywszy na oświadczenie złożone przez Odwołującego w pkt 5 Formularza ofertowego jego zamiarem w tej sprawie było zaoferowanie 240-dniowego terminu wykonania zamówienia. Składając ofertę Odwołujący nie zaktualizował omyłkowo terminu realizacji zamówienia wykorzystując Formularz ofertowy z poprzedniego postępowania. W ocenie Odwołującego chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SWZ. Odwołujący podkreślił, że przepis ten wprost dopuszcza poprawienie błędów polegających właśnie na niezgodności oferty z treścią SWZ, pod warunkiem zaistnienia pozostałych przesłanek określonych tym przepisem, tj. omyłkowego charakteru tej niezgodności i nieprowadzenia do istotnych zmian w treści oferty. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy, tj. 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 lub obie te sytuacje występujące jednocześnie. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. Przesłanka „istotności” nie stoi w sprzeczności z możliwością dokonywania zmian w zakresie elementów umowy przedmiotowo istotnych (np. cena, termin realizacji, wysokość kar umownych, gwarancje jakościowe, etc.), o ile rozmiar i zakres zmiany nie nosi cech „istotności”. Zdaniem Odwołującego odrzucenie oferty nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych, nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów, jakie zawiera oferta. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu. Zgodnie z piśmiennictwem i ustaloną linią orzecniczą celem przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego. Zamawiający zobowiązany jest poprawić niezgodności w sytuacji wystąpienia łącznie dwóch przesłanek: niezgodność oferty z treścią SWZ musi mieć charakter omyłki oraz nie może powodować istotnych zmian w treści oferty, przy czym przepis ten nie może być interpretowany zawężająco. Odwołujący podniósł, że zasadniczo na gruncie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP nie jest dopuszczalna znacząca ingerencja w treść oferty, powodująca wytworzenie zupełnie nowej treści oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę. W tej sytuacji poprawa zaistniałej omyłki nie prowadzi do wytworzenia nowego oświadczenia woli, ponieważ sprowadza się jedynie do wskazania właściwej i jedynej dopuszczonej wartości terminu realizacji zamówienia. Odwołujący podkreślił również, że poprawienie innej omyłki wymaga analizy całej oferty. Zamawiający aby mógł zakwalifikować błąd jako inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z SWZ i niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, zobowiązany jest dokonać analizy oferty jako całości, a nie analizy jedynie samego błędu. Oznacza to, że w pierwszej kolejności Zamawiający musi ocenić, czy z treści oferty wynika, iż intencją wykonawcy było zaoferowanie przedmiotu zamówienia w pełni zgodnego z postawionymi przez niego wymaganiami, czy też popełniony błąd miał charakter celowy i zamierzony. Dokonanie zmiany treści oferty w ramach art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP ma na celu doprowadzenie jej treści do kształtu zgodnego z rzeczywistymi intencjami wykonawcy. Biorąc pod uwagę treść oświadczenia złożonego przez Odwołującego, które zostało zawarte w pkt 5 Formularza ofertowego, gdzie oświadczył on, że *„Po zapoznaniu się ze Specyfikacją warunków zamówienia oraz warunkami umownymi zawartym w przekazanym projekcie umowy, oświadczamy, że przyjmujemy wszystkie warunki Zamawiającego bez zastrzeżeń i zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach określonych w projekcie umowy”*, w sytuacji, gdy projekt umowy wprost narzuca wymagany 240-dniowy termin realizacji zamówienia – oświadczenie w przedmiocie terminu 270 dni zawarte w pkt 4 Formularza ofertowego jako pozostające z nim w sprzeczności powinno być co najmniej przedmiotem wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, a z pewnością brak jest możliwości kategorycznego uznania, że oferta Odwołującego z powołanej przyczyny powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Zamiarem Odwołującego w przedmiotowej sprawie bez wątpienia było zaoferowanie wymaganego i narzuconego przez Zamawiającego 240-dniowego terminu wykonania zamówienia, jednakże wykonawca ten omyłkowo zastosował niezaktualizowany w pkt 4 wzór Formularza ofertowego.

Odwołujący zwrócił również uwagę na to, że stan faktyczny tej sprawy wskazuje, iż szereg okoliczności, w których doszło do złożenia oferty przesądza, że zamiarem Odwołującego było zobowiązanie się do wykonania zamówienia w terminie określonym w SWZ:

- 1) Oferta nie jest oświadczeniem woli zawieszonym w próżni, lecz odpowiedzią na zaproszenie Zamawiającego. Termin był jednoznacznie określony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ, a każdy wykonawca stara się złożyć ofertę zgodnie z SWZ,
- 2) Termin był narzucony, nie stanowił kryterium oceny ofert – rolą wykonawcy było jedynie zaakceptować termin realizacji umowy, nie ma przy tym żadnego niebezpieczeństwa manipulacji wynikami postępowania przez Odwołującego,
- 3) W pkt 5 Formularza oferty Odwołujący oświadczył, że akceptuje treść projektu umowy, co obejmuje również akceptację terminu realizacji zamówienia, zwłaszcza, że we wzorze umowy Zamawiający wpisał na sztywno termin realizacji zamówienia.

Według Odwołującego na tej podstawie należało uznać, że jego intencją było zobowiązanie się do wykonania zamówienia zgodnie z SWZ, w tym w terminie określonym w SWZ. Odwołujący wskazał, że każda inna interpretacja jego oferty będzie interpretacją stroniczną, krzywdzącą, niezgodną z zasadami współżycia społecznego, w tym zasadą dobrej wiary, a także z doświadczeniem życiowym, ponieważ żaden z wykonawców nie składa świadomie oferty niezgodnej z SWZ, nie ponosi kosztów przygotowania oferty, o której wie, że zostanie odrzucona. Odwołujący powołał

się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 sierpnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1786/20. Odwołujący uwypuklił, że wskutek poprawienia omyłki w treści jego oferty w dowolnym trybie nie doszłoby do jakiegokolwiek zmiany w rankingu ofert, ponieważ oferta Odwołującego była i po poprawieniu omyłki wciąż będzie ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert w postępowaniu, a sposób poprawienia omyłki w celu przywrócenia jej zgodności z warunkami zamówienia jest tylko jeden.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, albowiem nie została spełniona żadna wynikająca z regulacji art. 528 ustawy PZP negatywna przesłanka, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła skutecznego przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, albowiem zostało ono złożone w ustawowym terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowisko prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, a także wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego wyrażone w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 maja 2024 r. i stanowisko zaprezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego w jego piśmie z dnia 20 maja 2024 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z następujących dokumentów złożonych przez Odwołującego:

- Wyciągu z SWZ postępowania nr ZP-1/2024,
- Fragmentu wzoru umowy do postępowania nr ZP-1/2024,
- Wyciągu z SWZ postępowania nr ZP-2/2024,
- Fragmentu pierwotnego wzoru umowy do postępowania nr ZP-2/2024,
- Odpowiedzi i zmiany SWZ z dnia 15 marca 2024 r.,
- Fragmentu zmienionego wzoru umowy do postępowania nr ZP-2/2024,
- Formularza ofertowego wykonawcy ROKOM z postępowania nr ZP-1/2024,
- Formularza ofertowego wykonawcy ROKOM z postępowania nr ZP-2/2024.

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 3 § 1 ust. 2 SWZ przedmiotem zamówienia jest rozbudowa drogi powiatowej nr 2420W ul. Rolniczej – etap 1 o dł. ok. 1600 mb, w gminie Łomianki, gdzie szczegółowo opisano zakres zamówienia.

W świetle art. 3 § 3 ust. 1 SWZ wymagany termin (okres) realizacji zamówienia wynosi 240 dni od daty podpisania umowy. Identyczny termin został zapisany w § 3 ust. 2 projektu umowy. W poprzednio prowadzonym, pierwszym postępowaniu, które zostało unieważnione, Zamawiający przewidział okres realizacji zamówienia na 270 dni.

Jednocześnie w art. 3 § 3 ust. 2 SWZ Zamawiający zastrzegł, że oferty proponujące dłuższy termin (okres) realizacji zamówienia zostaną odrzucone.

Wykonawca ROKOM w Formularzu ofertowym oświadczył w pkt 4, że *Zamówienie zobowiązujemy się wykonać*

w terminie 270 dni od daty podpisania umowy". Jednocześnie w pkt 5 Formularza ofertowego wykonawca ten oświadczył, że „Po zapoznaniu się ze Specyfikacją warunków zamówienia oraz warunkami umownymi zawartym w przekazanym projekcie umowy, oświadczamy, że przyjmujemy wszystkie warunki Zamawiającego bez zastrzeżeń i zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach określonych w projekcie umowy”.

W dniu 10 kwietnia 2024 r. wykonawca ROKOM zawiadomił Zamawiającego, że po ponownej weryfikacji treści złożonego w postępowaniu Formularza ofertowego zauważył, że w pkt 4 doszło do omyłki edytorskiej polegającej na podaniu jako terminu realizacji zamówienia: „4. Zamówienie zobowiązujemy się wykonać w terminie 270 dni od daty podpisania umowy”, podczas gdy wartość prawidłowa, która powinna być wymieniona w pkt 4 to 240 dni – taka bowiem ilość dni wynika z obowiązującej treści SWZ i jest wartością narzuconą: „§ 3 Termin wykonania zamówienia – Wymagany termin (okres) realizacji zamówienia 240 dni od daty podpisania umowy”. Zgodnie z treścią art. 3 § 3 ust. 1 SWZ, treścią ust. 4 Formularza ofertowego oraz pkt. 4.2.10 ogłoszenia o zamówieniu (nr 2024/BZP 00226961/01) Zamawiający wyznaczył termin realizacji zamówienia na 240 dni od daty podpisania umowy. Wykonawca ROKOM wyjaśnił, że przyczyną omyłki było posłużenie się w celu sporządzenia oferty w aktualnym postępowaniu Formularzem ofertowym z poprzedniego postępowania w tej samej sprawie – sygn. nr ZP-1/2024 (Numer ogłoszenia: 2024/BZP 00076772/01). Wykonawca brał udział w poprzednim unieważnionym postępowaniu i na potrzeby złożenia oferty w bieżącym postępowaniu wykorzystał formularz z poprzedniego, aktualizując jego treść, przy czym pominięto omyłkowo zmianę w pkt 4 i zamiast 240 dni, pozostała treść jak w poprzednim przetargu 270 dni. SWZ nie formułowała odrębnych załączników w szczególności dla Formularza ofertowego postępując się jednym ciągłym plikiem w formacie word dla wszystkich załączników, stąd wykonawca opierając się na poprzednim formularzu, jaki przygotował, aktualizował go, pomijając omyłkowo pkt 4.

Wykonawca ROKOM potwierdził, że niezgodność nastąpiła w sposób całkowicie niezamierzony, a on oferuje realizację zamówienia w wymaganym w SWZ terminie. Wykonawca potwierdził to, co jednoznacznie wynika z oświadczenia woli zawartego w treści formularza ofertowego, że: „5. Po zapoznaniu się ze Specyfikacją warunków zamówienia oraz warunkami umownymi zawartym w przekazanym projekcie umowy, oświadczamy, że przyjmujemy wszystkie warunki Zamawiającego bez zastrzeżeń i zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach określonych w projekcie umowy”. Zgodnie z § 3 ust. 2 projektu umowy wskazano termin realizacji jako „2. Zakończenie Projektu nastąpi w terminie 240 dni od daty zawarcia niniejszej Umowy”. Na marginesie wskazano, że także Zamawiający w trakcie postępowania dokonywał modyfikacji terminu realizacji zamówienia we Wzorce umowy czynnością z dnia 14 marca 2024 r. W ocenie wykonawcy ROKOM okoliczności sprawy wskazują na dopuszczalność dokonania przez Zamawiającego poprawienia omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Wykonawca ROKOM dodał, że należy mieć na uwadze okoliczność, że termin realizacji zamówienia w przedmiotowym postępowaniu ma charakter terminu sztywnego i w szczególności deklarowany termin nie stanowi podstawy punktacji w ramach kryterium oceny ofert, zatem poprawienie omyłki w żaden sposób nie wpływa ani wynik postępowania ani też ranking ofert. Jakkolwiek w przedmiotowej sprawie błędnie wykorzystano pozycję z nieaktualizowanego formularza, jednak wykonawca nie uczynił tego świadomie, a przez zwykłe niedopatrzenie, czyli omyłkę.

W dniu 22 kwietnia 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach. Oferta złożona przez wykonawcę ROKOM została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP jako niezgodna z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu swojej czynności Zamawiający wskazał, że w art. 3 § 2 ust. 2 SWZ, treści ogłoszenia i Formularza ofertowym określił termin realizacji zamówienia na 240 dni od daty podpisania umowy. Równocześnie w art. 3 § 2 ust. 2 SWZ Zamawiający wskazał, że „Oferty proponujące dłuższy termin (okres) realizacji zamówienia zostaną odrzucone”. W ust. 4 złożonej oferty wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 270 dni od daty zawarcia umowy, tj. w terminie dłuższym niż wymagał tego Zamawiający. Wprowadzenie dłuższego niż wymagany przez Zamawiającego terminu czyni treść oferty niezgodną z warunkami zamówienia, co skutkuje jej odrzuceniem. Zamawiający zaznaczył, że termin realizacji przedmiotu zamówienia stanowi dla niego istotny warunek zamówienia, czemu dał wyraz w art. 3 § 2 ust. 2 SWZ, wyraźnie wskazując, że oferty proponujące termin dłuższy zostaną odrzucone. Zamawiający zaznaczył, że termin wykonania przedmiotu zamówienia ma istotny wpływ nie tylko na sposób realizacji zamówienia (z uwagi na konieczność wykonania bitumicznych robót nawierzchniowych w odpowiednich warunkach atmosferycznych), ale również na cenę oferty. Dłuższy termin wykonania przedmiotu zamówienia daje wykonawcy możliwość korzystniejszej kalkulacji ceny, a co za tym idzie przewagi nad pozostałymi uczestnikami postępowania, co z kolei narusza zasady uczciwej konkurencji. Dodatkowo może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający podkreślił, że wprowadzając do treści SWZ konkretne postanowienia (w tym przypadku obowiązek odrzucenia ofert oferujących dłuższy termin realizacji przedmiotu zamówienia) nie może następnie

swobodnie ich interpretować lub nie uwzględniać ich przy ocenie i badaniu ofert. Zamawiający podkreślił przy tym, że zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści poza dopuszczonymi ustawą przypadkami. W tym przypadku, żaden przepis ustawy nie daje Zamawiającemu uprawnień do zmiany treści złożonej przez wykonawcę oferty. Wprowadzenie przez wykonawcę do treści Formularza ofertowego 270-dniowego terminu wykonania przedmiotu zamówienia nie może być uznane za oczywistą omyłkę pisarską, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP czy też za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Nie można bowiem uznać, że zmiana terminu wykonania przedmiotu zamówienia jest zmianą nieistotną. Zamawiający wskazał, że termin wykonania przedmiotu zamówienia stanowi istotny element realizacji inwestycji, a co za tym idzie jego określenie stanowi istotną treść oferty. Dodatkowo instytucja poprawy omyłki może znaleźć zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający ma pewność, w jaki sposób ją poprawić, przy czym chodzi o jeden możliwy sposób poprawy, a nie jeden z wielu sposobów (wyrok Izby z dnia 20 maja 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 950/21). W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie posiadał informacji dla samodzielnego określenia prawidłowego terminu wykonania przedmiotu zamówienia pozwalającego na jego poprawienie w treści oferty. Zmiana treści oferty może być dokonana tylko w ramach poprawienia omyłki i to wyłącznie przez Zamawiającego, natomiast każda inna zmiana, szczególnie z inicjatywy wykonawcy, powinna być uznana za tożsamą z (niedopuszczalnym) prowadzeniem negocjacji treści oferty. Wprowadzenie do treści oferty innego niż wskazał wykonawca terminu prowadziło do powstania nowej treści oferty i stanowiłoby istotną zmianę jej treści, która pierwotnie zawierała element istotny przedmiotowo w postaci 270-dniowego terminu realizacji. Korekta Zamawiającego byłaby rażącym naruszeniem zasady równości i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający podkreślił, że może dokonać poprawienia omyłek w treści oferty tylko w sytuacji, gdy wie (a wiedza ta oparta jest wyłącznie na informacjach zawartych w ofercie oraz treści SWZ) jak takiej poprawy należy dokonać (wyrok Izby z dnia 19 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 788/21). W tym przypadku Zamawiający nie miał wiedzy i narzędzi umożliwiających poprawienie treści oferty, więc w tych okolicznościach miał obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Po przeprowadzeniu rozprawy i zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron i uczestnika postępowania Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie.

We wniesionym środku ochrony prawnej wykonawca ROKOM zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, w świetle którego Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona,
- art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona,
- art. 239 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,
- art. 16 pkt 1 ustawy PZP określający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, który stwierdza, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W ocenie Izby odwołanie okazało się być zasadne, natomiast czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Mostostal Zabrze była pochojna. Choć Zamawiający dokonując czynność w postępowaniu trzymał się literalnego brzmienia art. 3 § 3 ust. 2 SWZ to jednakże w sposób niedostateczny rozważył okoliczności podnoszone przez wykonawcę ROKOM w wyjaśnieniach z dnia 10 kwietnia 2024 r., których celem było umożliwienie utrzymania oferty Odwołującego w postępowaniu. Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, biorąc pod uwagę treść wyjaśnień Odwołującego z dnia 10 kwietnia 2024 r. oraz okoliczność, że we wcześniej prowadzonym tożsamym postępowaniu Zamawiający określił termin realizacji zamówienia w dokumentacji postępowania na 270 dni, że oświadczenie

Odwołującego ujęte na str. 2 w pozycji nr 4 Formularza oferty, gdzie zobowiązał się on do realizacji zamówienia w terminie 270 dni, jest inną omyłką w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Okoliczności tej sprawy wskazują na to, że uchybienie wykonawcy ROKOM było niezamierzone, był to zwykły ludzki błąd, zwykły brak dochowania należytej staranności przy wypełnianiu formularza ofertowego, wynikający po części również z tego, że Zamawiający w kolejnym postępowaniu zmienił termin realizacji zamówienia z 270 na 240 dni, co akurat uszło uwadze wykonawcy. Nie można racjonalnie zakładać, że przedsiębiorca, który decyduje się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w celu przygotowania oferty w postępowaniu angażuje swój czas, środki finansowe i osobowe, świadomie składa zobowiązanie o treści jednoznacznie sprzecznej z dokumentacją postępowania, że świadomie godzi się na odrzucenie swojej oferty. Choć wykonawca ROKOM zadeklarował realizację zamówienia w terminie o 30 dni dłuższym niż termin bezwarunkowo wymagany przez Zamawiającego, pod rygorem odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, to jednocześnie w pkt 5 Formularza oferty wyraźnie oświadczył, iż po zapoznaniu się z SWZ oraz warunkami umownymi zawartymi w przekazanym projekcie umowy przyjmuje wszystkie warunki Zamawiającego bez zastrzeżeń i zobowiązuje się on do zawarcia umowy na warunkach określonych w projekcie umowy. Oświadczenia Odwołującego zawarte w pkt 4 i 5 Formularza oferty stoją zatem we wzajemnej sprzeczności, natomiast jedynym logicznym wytłumaczeniem takiego stanu rzeczy jest popełnienie przez wykonawcę, w sposób nieświadomy, niezamierzonej omyłki.

W ocenie Izby zastosowanie przez Zamawiającego art. 3 § 3 ust. 2 SWZ i odrzucenie na tej podstawie oferty wykonawcy ROKOM było przejawem nadmiernego formalizmu. Możliwe jest poprawienie pozycji nr 4 treści Formularza oferty poprzez uznanie uchybienia wykonawcy jako innej omyłki, tj. w oparciu o postanowienie art. 3 § 3 ust. 1 SWZ i deklaracji samego wykonawcy, że zapoznał się z warunkami zamówienia i wykona przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w dokumentacji postępowania.

Jednocześnie Izba nie stwierdziła podstaw do zakwalifikowania uchybienia wykonawcy ROKOM jako oczywistej omyłki pisarskiej w rozumieniu przepisu art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, albowiem na podstawie treści samej oferty tego wykonawcy nie można było poprawić tego błędu – w tym zakresie dla skutecznego sanowania tego rodzaju wadliwości w tekście złożonej oferty niezbędne było sięgnięcie do zapisów SWZ.

Mając powyższe na uwadze zarzuty odwołania dotyczące niesłusznego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, przedwczesnego wyboru oferty wykonawcy Mostostal Zabrze jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechania poprawienia innej omyłki zawartej w ofercie Odwołującego okazały się być uzasadnione.

Dlatego też Izba uwzględniając zarzuty odwołania w całości nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, poprawienie na podstawie regulacji art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP omyłki pisarskiej na str. 2 Formularza oferty Odwołującego poprzez wpisanie w zdaniu w pozycji nr 4 w miejsce frazy „270 dni” frazy „240 dni” (czyli uzgodnienie treści pkt 4 Formularza oferty wykonawcy ROKOM z art.3 § 3 ust. 1 SWZ, przy uwzględnieniu zobowiązania tego wykonawcy z pkt 5 Formularza oferty) oraz zawiadomienie o tym fakcie Odwołującego i wyznaczenie mu terminu 3 dni na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia, a także powtórzenie czynności badania i czynności oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw.

z § 5 pkt 1 i 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. z 2020 r., poz. 2437). Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 13 600 zł 00 gr, który obejmował uiszczony wpis od odwołania w wysokości 10 000 zł 00 gr oraz wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....