Sygn. akt: KIO 2259/23

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2023 r. przez wykonawcę: **Etex Poland sp. z o.o., ul. Przecławska 8, 03-878 Warszawa**w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Szpitalna 3,**
88-200 Radziejów,
przy udziale wykonawcy: **MW Technic Sp. z o.o., Reguły, ul. Bodycha 73A, 05-816 Michałowice,**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2259/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.oddala odwołanie,
2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: **Etex Poland sp. z o.o.,**
ul. Przecławska 8, 03-878 Warszawa, i:
2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Etex Poland sp. z o.o., ul. Przecławska 8, 03-878 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2259/23

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

Zamawiający, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Radziejowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej na budowę budynku modułowego, dwukondygnacyjnego na potrzeby Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Radziejowie".Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr: 2023/BZP 00248410 z dnia 6 czerwca 2023 r.

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej zostało przekazane Odwołującemu 25.07.2023 r.

Wykonawca Etex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w trybie art. 513 ustawy z dnia 1 1 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zwanej dalej „Pzp" wniósł odwołanie, zarzucając naruszenie przez Zamawiającego przepisów:
1. art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez niezasadne dokonanie poprawy omyłki w zakresie terminu związania ofertą wykonawcy MW Technic Sp. z o.o. i Budeco Sp.z o.o. pomimo, iż wskazanie niezgodnego z wymogami SWZ terminu związania ofertą nie stanowiło innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 3 Pzp w zw. z art. 307 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców MW Technic Sp. z o.o. i Budeco Sp. z o.o.pomimo, że oferty wskazywały krótszy termin związania ofertą niż wynikający z treści SWZ i ogłoszenia o zmianie, co wskazuje na niezgodność tych ofert z dokumentami zamówienia oraz z ustawą Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty MW Technic i oferty Budeco oraz dokonania kwalifikacji podmiotowej Odwołującego.

Zamawiający prowadzi postępowanie na usługę opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej. Zgodnie z Roz. pkt. 1 SWZ Termin związania ofertą, wykonawca będzie związany ofertą 30 dni licząc od dnia upływu terminu składani ofert, tj.
do dnia 19 ;ipca 2023 r. Termin związania ofertą był wielokrotnie zmieniany w związku z przesunięciem terminu składania ofert. Ostatecznej zmiany w tym przedmiocie Zamawiający dokonał pismem z dnia 26.06.2023 r., w którym powiadomił, że zmianie ulega termin składania ofert i zostaje on wyznaczony na dzień 29.06.2023 r. Zamawiający zmodyfikował termin związania ofertą i ustanowił go na dzień 28.07.2023 r., wskazując, że wykonawca będzie związany ofertą 30 dni licząc od dnia upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 28.07.2023 r. Powyższa zmiana znalazła również odzwierciedlenie w ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia opublikowanym dnia 26.06.2023 r. nr 2023/BZP 00275944/01, zgodnie z którym: 8.4. Termin związania ofertą Przed zmianą: 2023-07-26 Po zmianie: 2023-07-28

Zamawiający również ustanowił wzór formularza oferty stanowiący załącznik nr 1 do SWZ, zgodnie z którym należało podać w ofercie Pkt. 10 formularza: Oświadczamy, że uważamy się związani ofertą do dnia.... . .. .*r.*

Do upływu terminu składania ofert w postępowaniu ofertę złożyło 3 wykonawców, w tym Odwołujący oraz wykonawca MW Technic i Budeco. Obydwaj wykonawcy w złożonych ofertach w pkt 10 formularza oferty oświadczyli, że uważają się za związanych ofertą do dnia 26.07.2023 r., a nie jak przewidywała modyfikacja SWZ i ogłoszenia do dnia 28.07.2023 r. Zamawiający dokonał pierwotnie wyboru oferty wykonawcy MW Technic w dniu 10.07.2023 r., jednak w dniu 13.07.2023 r. dokonał jego unieważnienia. Zamawiający dostrzegł, że oferty w tym zakresie nie są zgodne z SWZ i pismami z dnia 13.07.2023 r. dokonał poprawy omyłek w ofertach ww. wykonawców w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez wpisanie w formularzach oferty zarówno MW Technic jak i Budeco: *Powinno być: Oświadczamy, że uważamy się związani ofertą do dnia 28.07.2023 r. Wykonawca MW Technic wyraził w dniu 13.07.2023 r. zgodę na poprawę oferty. Zamawiający dokonał również poprawy omyłki w ofercie Odwołującego. Zamawiający dokonał poprawy terminu 31.07.2023 r., określając termin związania taki, jak wymagany w SWZ, tj. 28.07.2023 r.*

W zaistniałym stanie faktycznym Odwołujący stwierdził, że nie było możliwe sanowanie w trybie poprawy omyłki oświadczenia wykonawców złożonego w kwestii terminu związania ofertą. Pismem z dnia 25.07.2023 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o podstawach podjętej decyzji stwierdzając, że w pełni zgadza się z faktem, że termin związania ofertą (błędnie wpisany w Formularzu ofertowym przez Wykonawcę) mógłby być błędem istotnym przy żądaniu przez Zamawiającego zabezpieczenia oferty wadium, a oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp. Zamawiający twierdził jednak, że w sytuacji, gdy wadium nie żądał, termin związania ofertą nie ma wpływu na ocenę oferty, więc błędne jego określenie nie ma charakteru istotnego, a ponadto dokonał wyboru oferty w terminie związania.

W ocenie Odwołującego, relatywizowanie kwestii istotności terminu związania ofertą jest błędne. Niezależnie bowiem od tego, czy wadium zostało ustanowione, czy nie, termin związania ofertą jest ustawowo określony w art. 307 ust. 1 Pzp i w konsekwencji w SWZ. Umiejscowienie wytycznyc,h co do terminu związania ofertą w ustawie Pzp przesądza, w ocenie Odwołującego, o tym, że jest to istotna niezgodność z treścią SWZ. Stosownie 'do art. 307 ust. 1 Pzp, wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. Ustawa przewiduje więc jasną dyrektywę, co do tego jak długo wykonawca jest związany ofertą — do dnia określonego w dokumentach zamówienia. Ustawa nie dopuszcza w tym zakresie jakichkolwiek odstępstw i obliguje w tym zakresie wykonawcę i Zamawiającego. Wskazany przepis ma więc, w ocenie Odwołującego, charakter bezwzględnie obowiązujący, a jej adresatem jest tak Zamawiający jak i wykonawca.

Zastosowanie tego przepisu nie może być wolą stron włączone czy ograniczone. Zamawiający nie może wyznaczyć terminu dłuższego niż 30 dni związania ofertą, ani wykonawca nie może oświadczyć, że termin związania będzie krótszy niż wyznaczony. Przepis ten obowiązuje zarówno w sytuacji, gdy Zamawiający żąda wadium, jak i w sytuacji, gdy takiego zabezpieczenia oferty nie przewidziano. Z tego powodu nie jest prawidłowe różnicowanie rangi terminu związania ofertą w zależności od żądania wadium, czy też nie. Skoro bowiem ustawa reguluje tę kwestię i wprowadza obowiązek, by termin związania ofertą był określony w ten sam sposób w tych dwóch sytuacjach, to oznacza, że jest to zawsze tak samo istotne. Nie można uznać, że ten sam element oferty wykonawcy raz jest, a raz nie jest istotny. Jak słusznie wskazuje się w doktrynie: O ile w przypadku ofert składanych w oparciu o Kc termin związania ofertą jest zwykle określany przez oferenta, a dopiero w braku takiego oznaczenia termin ten określają właściwe przepisy (por. art. 66 S 2 KC), o tyle w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego termin związania ofertą jest określany nie przez wykonawcę, ale przez zamawiającego, przy czym początek związania ofertą i maksymalna długość okresu związania ofertą są zakreślone przez przepisy Pzp. (...) Termin ten, określony w dokumentach zamówienia jako jeden z warunków zamówienia, jest jednakowy dla wszystkich wykonawców, którzy biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (Komentarz pod redakcją Urzędu Zamówień Publicznych s. 693).

Z uwagi więc na obowiązującą zasadę równego traktowania wykonawców ważne jest, aby Zamawiający egzekwował ustanowione przez siebie wymogi, których źródłem jest sama ustawa. Wykonawca bowiem, jako profesjonalista powinien dołożyć należytej staranności, aby jego oferta była zgodna z warunkami zamówienia i zgodna z ustawą. Zachowanie Zamawiającego umożliwiające sanowanie błędu wykonawcy jest niedopuszczalne z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców, jak również może prowadzić do manipulacji wynikiem postępowania. O wykluczeniu możliwości poprawy tzw. innej omyłki przesądza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 3665/21, w którym Izba dostrzegła, iż termin związania ma istotne znaczenie.

Wprawdzie w orzecznictwie spotyka się wyroki, gdzie Izba nakazała dokonać poprawy takiej omyłki jednak orzeczenia te były wydane w takim stanie faktycznym, gdzie to Zamawiający zamieścił w dokumentach zamówienia nieprecyzyjne informacje co do tego kiedy upływa ten termin, a możliwość poprawy omyłki została uznana tylko i wyłącznie z tego powodu, aby nie obciążać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami zaniechania zamawiającego. W niniejszym postępowaniu z takim stanem rzeczy nie mamy do czynienia. Zarówno z odpowiedzi na pytania, jak i z ogłoszenia o zmianie z dnia 26.06.2023 r. wynikało jednoznacznie, że termin ten uległ zmianie i była to taka sama data — 28.07.2023 r.

Jednocześnie w formularzach oferty wykonawcy nie wpisali, że uznają się za związanych 30 dni tj. do 26.07.2023 r., co ewentualnie pozwalałoby rozważyć czy nie nastąpiła omyłka pisarska w wyznaczeniu samej daty tego terminu. Gdyby bowiem wykonawca wskazał okres 30 dni, a błędnie podał datę możliwe byłoby właściwe odczytanie jego intencji na dzień składania oferty. Wykonawcy w sposób kategoryczny określili termin związania ofertą błędnie w stosunku do jednoznacznych wymagań Zamawiającego stąd powinni ponieść konsekwencje swojego działania. Oferta, w tym część dotycząca określenia terminu związania ofertą stanowi bowiem oświadczenie woli wykonawcy, które Zamawiający a za nim Krajowa Izba i Sąd Zamówień Publicznych mogą poddać interpretacji, jednak zgodnie z art. 65 ust. 1 Kodeksu Cywilnego, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zamawiający nie może podjętymi czynnościami zmieniać oświadczenia woli, które złożył wykonawca. Zachowanie Zamawiającego w niniejszym postępowaniu polegające na zastąpieniu wykonawcy w czynności złożenia oświadczenia o terminie związania jest absurdalne i wykracza poza możliwości interpretacyjne przewidziane w Kodeksie Cywilnym.

Odwołujący, choć nie oponował przeciwko poprawie omyłki również w jego ofercie, gdyż była ona irrelewantna z punktu widzenia statusu jego oferty w postępowaniu, pragnie jednak wskazać, że na podstawie tej czynności Zamawiający udowodnił, że działał z przekroczeniem swoich uprawnień. Odwołujący bowiem zaoferował termin dłuższy niż ustawowy, tj. oświadczył, że czuje się związany ofertą do dnia 31.07.2023 r. Zamawiający zaś w sposób nieuprawniony dokonał ingerencji w oświadczenie woli wykonawcy, które ten chciał złożyć w takim zakresie.

Z jednej strony więc termin związania ofertą należało zgodnie ze wzorem załącznika nr 1 uzupełnić samodzielnie, zgodnie z SWZ, z drugiej jednak strony Zamawiający na etapie oceny ofert zmienia zasady i narzuca wykonawcom do kiedy mają być związani ofertą nie pozwalając w tym zakresie na złożenie oświadczenia samodzielnie. O ile w sytuacji Odwołującego skrócenie pierwotnego terminu pozostaje bez wpływu na zachowanie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, o tyle wydłużenie terminu niezgodnego z SWZ i z ustawą u innych wykonawców skutkuje naruszeniem tych zasad.

Opisana sytuacja faktyczna, w ocenie Odwołującego, wyczerpuje przesłanki dwóch norm prawnych, tj. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 3 Pzp w zw. z art. 307 ust. 1 Pzp. Stosownie bowiem do art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść jest niezgodna z ustawą Pzp. Termin związania ofertą określony przez wykonawców MW Technic i Budeco był zbyt krótki w stosunku do wymagań SWZ. Sam Zamawiający przyznał w piśmie do Odwołującego z dnia 25.07.2023 r., że zachodziłaby konieczność odrzucenia oferty gdyby w postępowaniu ustanowione było wadium, a więc wydaje się oczywiste, że Zamawiający uznaje, iż termin związania ofertą jest treścią oferty.

Wymagania SWZ były jednoznaczne i Zamawiający powinien ich przestrzegać na etapie oceny i badania ofert. Sankcją za zidentyfikowanie niezgodności istotnej jest więc odrzucenie oferty bez możliwości sanowania. Stosownie zaś do art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jest nie zgodna z ustawą. Skoro więc przepis ustawy o charakterze ius cogens przewiduje ściśle określony termin związania ofertą, tj. 30 dni, a wykonawca oświadczył, iż jego oferta wiąże krócej, to należy uznać, iż owa niezgodność z ustawą nastąpiła.

Wykonawca: MW Technic Sp. z o.o. z siedzibą w Regułach,zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w nn. sprawie po stronie Zamawiającego

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, pismem z dnia 11 sierpnia 2023 r. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wyjaśnił, że w dniu 29.06.2023 r. dokonał otwarcia ofert złożonych w postępowaniu. W wymaganym terminie oferty złożyło 4 wykonawców. Zamawiający w toku badania i oceny ofert odrzucił ofertę złożoną przez firmę: Kubatura Jakub Jakubczak z siedzibą w Częstochowie, na podstawie art. 226 ust.1 pkt 18 Pzp. Spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i zgodnie z wymaganiami zawartymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ), Zamawiający w dniu 10.07.2023 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez „MW Technic" Sp. z o.o.
Zamawiający wskazał, że w dokumentach zamówienia w rozdziale IX pkt. 1 SWZ określił termin związania ofertą – „Wykonawca będzie związany ofertą 30 dni licząc od dnia upływu terminu składania ofert tj. do dnia 19.07.2023 r." W toku postępowania w związku z zapytaniami wykonawców, Zamawiający trzykrotnie dokonał zmian w zakresie terminu składania ofert i związanego z tym terminu związania ofertą. Zamawiający ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia opublikowanym dnia 26.06.2023 r. nr 2023/BZP 00275944/01 przesunął ostatecznie termin składania ofert do dnia 29.06.2023 r., a termin związania ofertą do dnia 28.07.2023 r. Powyższa zmiana terminu wiązała się także z modyfikacją załącznika nr 1 do SWZ w zakresie terminu związania ofertą. Zamawiający w piśmie z dnia 26.06.2023 r. dotyczącym zmian terminów składania, otwarcia i terminu związania ofertą wskazał: „Wykonawca będzie związany ofertą 30 dni licząc od dnia upływu terminu składania ofert tj. do dnia 28.07.2023 r."

Zamawiający, po powzięciu informacji, że w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, Wykonawcy tj.: „MW Technic" Sp. z o.o. (Reguły), BUDECO (Parzniew) oraz Promat Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa (Warszawa) błędnie wpisali termin związania ofertą, pismem z dnia 13.07.2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownie przeprowadził badanie i ocenę ofert. Na podstawie art. 223 ust.2 pkt.3 Pzp poprawił inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującymi istotnych zmian w treści ofert wykonawców: „MW Technic" Sp. z o.o. W formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ,

wykonawcy zgodnie oświadczyli, że zapoznali się z SWZ i nie wnoszą żadnych zastrzeżeń.
Zgodnie z art. 307 ust.1 Pzp, wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.

Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, Zamawiający poprzez zapis zawarty w formularzu ofertowym o treści: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją warunków zamówienia i nie wnosimy do niej żadnych zastrzeżeń" uznał, że wykonawca przyjmuje warunki określone w SWZ i akceptuje wszystkie zobowiązania wynikające z zapisów SWZ, co mogło stanowić podstawę do poprawienia przez Zamawiającego innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Stanowiska Zamawiającego nie podważa również wyrok KIO, na który powołał się Odwołujący (KIO 3665/21) gdyż zapadł on w innym stanie faktycznym. Błąd w określeniu terminu związania ofertą, jeśli Zamawiający nie wymagał wniesienia wadium, w opinii Zamawiającego, nie jest błędem istotnym. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust.1 pkt.5 Pzp musi być możliwe do określenia na czym taka niezgodność polega, co i w jaki sposób w ofercie jest niezgodne z konkretnie wskazanymi postanowieniami SWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposóbzasadniczy i nieusuwalny. Obowiązkiem Zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności SWZ nie mających istotnego charakteru. Termin związania ofertą, w ocenie Zamawiającego, nie ma wpływu na ocenę oferty. Zamawiający wyboru najkorzystniejszej oferty dokonał w dniu 25.07.2023 r., czyli przed upływem terminu związania ofertą.
Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca: MW Technic Sp. z o.o. z siedzibą w Regułach,zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki, o których mowa w art. 525 ust/ 1-3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia w postępowaniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez niezasadne dokonanie poprawy omyłki w zakresie terminu związania ofertą wskazanego w ofertach przez wykonawców: MW Technic Sp. z o.o. i Budeco Sp. z o.o.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 3 Pzp w zw. z art. 307 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców MW Technic Sp. z o.o. i Budeco Sp. z o.o. pomimo, że ww. oferty wskazywały krótszy termin związania ofertą niż wynikający z treści SWZ i ogłoszenia o zmianie, co wskazuje na niezgodność tych ofert z dokumentami zamówienia oraz z ustawą Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest usługa opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej, pn.„Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej na budowę budynku modułowego, dwukondygnacyjnego na potrzeby Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Radziejowie".

Zamawiający w Rozdziale IX pkt. 1 SWZ*Termin związania ofertą*, podał, że wykonawca biorący udział w postepowaniu będzie związany ofertą 30 dni licząc od dnia upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 19 lipca 2023 r. Termin związania ofertą był dwukrotnie zmieniany przez Zamawiającego z uwagi na dokonywanie wyjaśnień i modyfikacji treści SWZ, a w związku z tym konieczność przesunięcia terminu składania ofert w postępowaniu. Ostatecznej zmiany w tym zakresie Zamawiający dokonał pismem z dnia 26 czerwca 2023 r., w którym powiadomił wykonawców, że zmianie ulega termin składania ofert i zostaje on wyznaczony na dzień 29 czerwca 2023 r. Zamawiający zmodyfikował termin związania ofertą i postanowił, że wykonawca będzie związany ofertą 30 dni licząc od dnia upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 28 lipca 2023 r. Powyższa zmiana znalazła również odzwierciedlenie w ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia opublikowanym w dniu 26 czerwca 2023 r. nr 2023/BZP 00275944/01.

Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców terminu związania ofertą w formularzu ofertowym w pkt 10 w formie wpisania daty w wykropkowanym przez Zamawiającego miejscu.

W prowadzonym postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców, w tym m.in.Odwołujący oraz wykonawcy MW Technic Sp. o.o. i Budeco Sp. z o.o. Odwołujący złożył oświadczenie o związaniu ofertą do dnia 31 lipca 2023 r. natomiast obydwaj ww. wykonawcy wskazali datę 26.07.2023 r.

Zamawiający w dniu 13 lipca 2023 r. dokonał poprawy omyłek w ofertach wszystkich wykonawców w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez wpisanie w formularzach oferty zarówno MW Technic, jak i Budeco daty „*28.07.2023 r.*", jako terminu związania ofertą.

Zgodnie z art. 307 ust. 1 Pzp, termin związania ofertą jest określony ustawowo: „*Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert."*

Ustawa stanowi, jak długo wykonawca jest związany ofertą — do dnia określonego w dokumentach zamówienia. Odwołujący sam potwierdził w odwołaniu, że ustawa Pzp nie dopuszcza w tym zakresie jakichkolwiek odstępstw i obliguje w tym zakresie wykonawcę i Zamawiającego. Podkreślenia wymaga jednak, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego termin związania ofertą jest określany przez zamawiającego, a nie przez wykonawcę, przy czym początek związania ofertą i maksymalna długość okresu związania ofertą wynikają z przepisów ustawy Pzp

Z uwagi zasadę równego traktowania wykonawców ważne jest, aby zamawiający egzekwował ustanowione w postępowaniu wymogi w jednakowy sposób wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. „(...) *Termin ten, określony w dokumentach zamówienia jako jeden z warunków zamówienia, jest jednakowy dla wszystkich wykonawców, którzy biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego."* (Komentarz pod redakcją Urzędu Zamówień Publicznych s. 693).

Słuszne jest w tym zakresie stanowisko Odwołującego, że wykonawca, jako profesjonalista, powinien dołożyć należytej staranności, aby jego oferta była zgodna z warunkami zamówienia i zgodna z ustawą również co do terminu związania ofertą.

Izba nie podzieliła jednak stanowiska, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu w sposób nieuprawniony zastąpił wykonawców w czynności złożenia oświadczenia o terminie związania ofertą i poprzez poprawienie treści ofert dokonał nieuprawnionej ingerencji w oświadczenie woli złożone przez wykonawców. Opisana sytuacja faktyczna, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wyczerpuje przesłanek art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 3 Pzp w zw. z art. 307 ust. 1 Pzp.

Stosownie bowiem do brzmienia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść jest niezgodna z ustawą Pzp.

Zgodnie natomiast z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający ma obowiązek poprawić 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.

Stosownie zaś do brzmienia art. 223 ust. 3 Pzp, w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Izba zważyła, że nie był sporny w niniejszej sprawie fakt, że termin związania ofertą określony przez wykonawców MW Technic i Budeco był zbyt krótki w stosunku do wymagań SWZ, a określony przez Odwołującego - dłuższy niż wymagany.

Wymagania SWZ były w powyższym zakresie jednoznaczne.Zgodnie z art. 307 ust.1 Pzp, wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.

Zamawiający w dokumentach zamówienia w rozdziale IX pkt. 1 SWZ określił termin związania ofertą – „Wykonawca będzie związany ofertą 30 dni licząc od dnia upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 19.07.2023 r." Po dokonanych zmianach terminu składania ofert, Zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2023 r., powiadomił wykonawców, że termin składania ofert zostaje wyznaczony na dzień 29 czerwca 2023 r., a w związku z tym Zamawiający zmodyfikował termin związania ofertą i postanowił, że wykonawca będzie związany ofertą 30 dni licząc od dnia upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 28 lipca 2023 r.

Wskazanie przez wykonawców błędnej daty, do której dany wykonawca jest związany ofertą, stanowi zatem ewidentną niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

Do oceny Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a Izby - w postępowaniu odwoławczym - jest kwestia, czy powyższa niezgodność jest możliwa do poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, jak uczynił to Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu.

Na podstawie art. 223 ust.2 pkt.3 Pzp, zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w ofercie, w szczególności wówczas, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, np. gdy w treści oferty wykonawcy występuje sprzeczność z uwagi na złożenie rozbieżnych informacji, oświadczeń. W takim przypadku zamawiający nie może odrzucić oferty, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, ponieważ dla odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie niezgodności jednoznacznej i nieusuwalnej.

W przedmiotowym postępowaniu wszyscy wykonawcy w Formularzu oferty złożyli oświadczenia następującej treści: *„Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją warunków zamówienia i nie wnosimy do niej żadnych zastrzeżeń".* Powyższe oświadczenie oznacza, że każdy wykonawca przyjmuje warunki określone przez Zamawiającego w SWZ i akceptuje wszystkie zobowiązania wynikające z treści SWZ.

Powyższe oświadczenie stanowiło dla Zamawiającego podstawę do poprawienia w ofertach ww. wykonawców innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, w zakresie wskazanej daty końcowej terminu związania ofertą. Zauważyć należy przy tym, że żaden wykonawca, w tym również Odwołujący, nie złożyli do Zamawiającego oświadczenia, że nie wyraża zgody na poprawę ww. omyłki w jego ofercie.

W ocenie Izby, każda niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, wynikająca ze sprzeczności treści oświadczeń złożonych w ofercie, tj. w sytuacji gdy jedno oświadczenie wykonawcy jest zgodne z warunkami SWZ, a drugie oświadczenie dotyczące tego samego elementu jest niezgodne z SWZ, należy uznać za omyłkę, którą zamawiający ma obowiązek poprawić w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako omyłkę, której poprawienie nie prowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Zamawiający dokonuje wówczas poprawy, opierając się na oświadczeniu wykonawcy zgodnym z warunkami SWZ i uznając, że oświadczenie niezgodne z warunkami SWZ jest w takim przypadku niezamierzoną omyłką wykonawcy. Nie można bowiem zakład braku racjonalności wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, racjonalny wykonawca, który składa ofertę i ubiega się o zamówienie, po to aby je uzyskać, oświadcza w ofercie, że bez zastrzeżeń akceptuje wszystkie warunki określone w SWZ, składa jednocześnie świadomie oświadczenie niezgodne z warunkami SWZ. Oczywiście, co do zasady, takiej sytuacji nie można wykluczyć, jednak wykonawca zawsze ma możliwość niewyrażenia zgody na poprawę przez zamawiającego jego oświadczenia, jeśli świadomie i celowo określił ww. termin w sposób niezgodny z SWZ.

Jak wskazano powyżej, odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny. Obowiązkiem Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu było poprawienie w ofertach wykonawców MW Technic Sp. z o.o. i Budeco Sp. z o.o. (jak i Odwołującego)niezgodności z warunkami SWZ, polegającej na wpisaniu w ofercie błędnej daty końcowego terminu związania ofertą.

Brak jest również podstawy do stwierdzenia, że wskazane powyżej oferty są niezgodne z przepisami ustawy i podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, przez pojęcie „*ustawy*" należy rozumieć ustawę Pzp oraz akty wykonawcze do tej ustawy. Przepis ustawy (art. 307 ust. 1 Pzp) określa, że wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert. W przypadku, gdy niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia co do terminu związania ofertą, określonego w dokumentach zamówienia jest usuwalna, ponieważ podlega poprawie w trybie ustawy Pzp (art.223 ust. 2 pkt 3 Pzp), to takiej oferty nie można uznać za niezgodną z art. 307 ust.1 Pzp.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła,
jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z §9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: ……