

WYROK
z dnia 5 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Marek Kolesnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij Nederland B.V., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku, ul. Franciszka Rogaczewskiego 9/19, 80-804 Gdańsk** protestu z dnia 10 września 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum: Industria Projekt Sp. z o.o., Prostał W. Werochowski, R. Pankau Sp.j., Kappa Projekt Krzysztof Kowalski, ul. Biała 1, 80-435 Gdańsk** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku, ul. Franciszka Rogaczewskiego 9/19, 80-804 Gdańsk
i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij Nederland B.V., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **9 300 zł 49 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych czterdzieści dziewięć groszy) przez **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku, ul. Franciszka Rogaczewskiego 9/19, 80-804 Gdańsk** na rzecz **Konsorcjum: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij Nederland B.V., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów zastępstwa prawnego i dojazdu na posiedzenie,
 - 3) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł xxx gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij Nederland B.V., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej dla przebudowy śluz Miłomłyn, Zielona, Ostróda, Mała Ruś na Kanale Elbląskim. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 czerwca 2009 r., pod nr 2009/S 119-173671.

W dniu 10 września 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru

oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego się, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7 ust. 1, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 1 ew. art. 87 ust. 2 pkt 3 i wnosząc o: unieważnienie wskazanych czynności oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty i dokonanie wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej.

2

Odwołujący się podnosi, iż jakkolwiek oferta Odwołującego się zawiera omyłkę w treści formularza oferty dotyczącą wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, to jednak okoliczność ta żadną miarą nie może być przyczyną odrzucenia oferty, w tym w szczególności z powodu sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z wymaganiami rozdziału XI pkt 7 ppkt 1 siwz Zamawiający będzie żądał od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny ofertowej. Zatem, jak zauważa Odwołujący się, postanowienia siwz w sposób sztywny normowały kwestię kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wskazanie w formularzu oferty informacji o zabezpieczeniu należytego wykonania umowy stanowiło tylko i wyłącznie rezultat działania arytmetycznego w postaci podzielnia ceny ofertowej.

Odwołujący się omyłkowo w formularz oferty, w miejsce przeznaczone na informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wpisał kwotę wadium oraz wskazali formę, w której wnieśli wadium. Wpisana kwota (15 000,00 zł) odpowiada kwocie wadium określonej w siwz, a zapis "w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium" jednoznacznie wskazuje na omyłkę pisarską osoby przygotowującej ofertę. Omyłka ta ma jednakże charakter oczywisty i nie oznacza zamiaru zaoferowania zabezpieczenia w kwocie odmiennej niż wymagana w siwz. Znamienne jest to, iż sam Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego się wskazuje, w jakiej kwocie powinna być podana w formularzu ofertowym informacja o zabezpieczeniu należytego wykonania umowy. Zatem, jest dla Zamawiającego oczywistym sposób korekty treści zapisu formularza ofertowego złożonego przez Odwołującego się. W takiej sytuacji Zamawiający nie miał prawa dokonywać odrzucenia oferty Odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, lecz powinien dokonać poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje Zamawiającemu dokonać stosownego poprawienia, nie pozostawiając swobody w wykonaniu nałożonego ustawą obowiązku.

Odwołujący się podkreśla, iż omyłka zawarta w jego formularzu ofertowym odpowiada w pełni sformułowanym przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej elementom konstytutywnym pojęcia oczywistej omyłki pisarskiej. Jak uznała KIO w wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 11/09), "Oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej". Z tego rodzaju przypadkową niedokładnością mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, gdyż nastąpiło przypadkowe wpisanie kwoty wadium zamiast kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odwołujący się podkreśla również, że nie można mieć żadnych wątpliwości co do zobowiązania Odwołującego się do wniesienia zabezpieczenia, bowiem w formularzu oferty jednoznacznie zaakceptował treść umowy w sprawie zamówienia

3

publicznego i siwz, a z tych dokumentów wynika wymagana wysokość zabezpieczenia. Z kolei w wyroku z dnia 16 listopada 2008 r., (sygn. akt. KIO/UZP 1326/08) Izba podkreśliła, że "Zgodnie z utrwaloną definicją omyłki pisarskiej, dotyczy ona takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a "oczywistość" omyłki, rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie, na co dobitnie wskazuje treść pisma Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego się, który informuje jak powinien brzmieć zapis w formularzu ofertowym.

Z ostrożności procesowej Odwołujący się podnosi, iż nawet wówczas, gdyby uznać, iż przedmiotowa omyłka w formularzu ofertowym nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej, to

nie ma żadnych przeszkód prawnych, aby traktować ją jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z siwz niepowodującą istotnej zmiany w treści oferty (w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Wbrew stanowisku Zamawiającego, zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie stanowi istotnego postanowienia umowy jaka ma być zawarta w przypadku uznania oferty za najkorzystniejszą. Jest to akcesoryjny element oferty, co wynika już choćby z nazwy tej instytucji. Jest to tylko instrument zabezpieczenia i nie stanowi istoty zobowiązania wykonawcy składającego ofertę. W przypadku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dojdzie do zawarcia umowy o dzieło (art. 647 Kodeksu cywilnego). Zgodnie z przepisami regulującymi ten typ umowy, przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia. Istotnymi przedmiotowo elementami tej umowy są oznaczenie dzieła oraz zapłata wynagrodzenia. Śaden z przepisów statuujących ten typ umowy nie wskazuje zabezpieczenia jako istotnego jej elementu. Tym samym wadliwość treści oferty w zakresie zabezpieczenia nie może być traktowana jako wadliwość istotnego elementu oferty i może być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zaś, zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych "można poprawiać omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień" (UZP, Komentarz Prawo Zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., s. 118). Z tego rodzaju sytuacją mamy do czynienia w niniejszym przypadku. Śaden z istotnych elementów oferty nie został podany wadliwie przez Odwołującego się, w szczególności cena i termin wykonania zamówienia. Odwołujący się wskazał też, iż akceptuje wzór umowy załączony do siwz.

4

Jak podkreśla Odwołujący się, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, iż w tego typu przypadkach należy dokonywać poprawienia omyłki. Szczególnie znaczący jest wyrok KIO z dnia 3 lutego 2009 r., (sygn. akt KIO 88/09, 89/08).

W dniu 14 września 2009 r. wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia: Prostał W. Werochowski, R. Pankau Sp. j., Kappa Projekt Krzysztof Kowalski, Industria Projekt Sp. z o.o. zgłosili przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, żądając oddalenia protestu.

W dniu 18 września 2009 r. Zamawiający protest oddalił. W uzasadnieniu Zamawiający podniósł, iż siwz w sposób jednoznaczny określała wszelkie warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności dokładne wymogi dotyczące sposobu sporządzenia oferty, określając m.in. treść konkretnych oświadczeń będących ważnymi elementami oferty. Jednym z takich istotnych elementów jest wymóg zaoferowania zabezpieczenia należytego wykonania umowy w określonej wysokości i formie.

Zamawiający w siwz (rozdz. XI pkt 7) żądał zabezpieczenia należytego wykonania umowy, określając ściśle jego poziom na 10% ceny ofertowej. Pozostawił natomiast wykonawcy wybór formy zabezpieczenia, którego to wyboru wykonawca miał w ofercie w sposób jednoznaczny dokonać - w granicach zakreślonych przez zamawiającego w siwz.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest bez wątpienia istotnym elementem umowy. Wzmacnia ono pewność obrotu gospodarczego, broniąc interes zamawiającego na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Mając wprawdzie akcesoryjny charakter, zachowuje duże znaczenie dla zamawiającego. O wadze tego instrumentu i jego istotności świadczy fakt, że niewniesienie go przed podpisaniem umowy skutkuje odrzuceniem oferty, a więc i nie dojściem umowy do skutku.

W swojej ofercie Odwołujący się zadeklarował wysokość zabezpieczenia w kwocie 15 000,00 zł w formie gwarancji ubezpieczenia. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 11/09), "Omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności." W okolicznościach sprawy, Zamawiający nie mógł samodzielnie, w sposób nie budzący wątpliwości, poprawić zaistniałych błędów. O ile samo poprawienie zadeklarowanej omyłkowo wysokości zabezpieczenia nie wpływałoby na ostateczną cenę, o tyle nie sposób twierdzić, iż

Zamawiający mógłby to zrobić bez udziału wykonawcy. Wysokość zabezpieczenia miała dla Zamawiającego funkcję gwarancyjną. Nie mógł jednak, korygując wartość zadeklarowanego zabezpieczenia w górę, z pewnością stwierdzić, czy wykonawca będąc świadom właściwej wysokości żądanego zabezpieczenia byłby w stanie takie zabezpieczenie dać. Jest to warunek sine qua non zawarcia umowy, dający Zamawiającemu minimum pewności.

5

Zabezpieczenie ma bowiem wymiar realny, gdyż dopiero jego rzeczywiste wniesienie spełnia swoją funkcję.

Co więcej, Zamawiający nie mógł samodzielnie skorygować zaoferowanej w sposób zupełnie niejasny formy zabezpieczenia. W istocie, poważając się to uczynić, dokonałby sam wyboru formy zabezpieczenia, niekoniecznie zgodnej z zamiarem Wykonawcy. Zbitka wyrazowa "gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium" żadną miarą nie może być poddana jakimkolwiek zabiegom Zamawiającego mającym charakter poprawek. Nie wiadomo bowiem, które zwroty należałoby usunąć, aby oświadczenie wykonawcy oddawało jego zamierzony sens. Trudno w tym sformułowaniu dopatrzeć się opuszczenia wyrazu czy też niedokładności przykładowej. Przy takim nagromadzeniu błędów i wzajemnie wykluczających się pojęć nie sposób odczytać w należyty sposób zamiar wykonawcy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp również nie może się ostać. Odwołujący się nie wyjaśnia nawet, na czym naruszenie to miałyby polegać. Zamawiający jasno określił warunki siwz, które były dla wszystkich jednakowo dostępne. Każdy z wykonawców dysponował takimi samymi środkami prawnymi w toku postępowania. Co więcej, Zamawiający podał nawet brzmienie oświadczeń dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy, pozostawiając wykonawcom ustalony katalog form zabezpieczenia do wyboru. Odwołujący się wypełnił oświadczenie treścią o tyle wadliwą, że niemożliwe było ustalenie jego znaczenia w drodze jakiegokolwiek wykładni.

W dniu 28 września 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Odwołujący się nie podziela stanowiska Zamawiającego, zawartego w rozstrzygnięciu protestu, iż ważnym elementem oferty jest wysokość oferowanego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odwołujący się podkreśla, iż w zakresie wysokości należytego wykonania umowy, oferta każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu sprowadza się do akceptacji warunków wskazanych w siwz. Wykonawca nie kreuje przez własną czynność prawną wysokości wnoszonego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia, tak jak czyni to w przypadku ceny, lecz akceptuje (analogicznie jak w przypadku umowy adhezyjnej) wymogi Zamawiającego co do kwoty zabezpieczenia, z góry narzucone wszystkim uczestnikom postępowania w siwz. Akceptacja tych warunków nastąpiła w formularzu oferty, gdzie w ppkt 6 Odwołujący się oświadczył, że akceptuje bez zastrzeżeń wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego przedstawiony w Części II SIWZ. Wzór ten (w § 11 ust. 1) określa kwotę zabezpieczenia na 10% ceny ofertowej. Nie może zatem być mowy o wątpliwości co rzeczywistych intencji Odwołującego się, w zakresie kwoty zabezpieczenia, którą zamierzają wnieść.

Odwołujący się wskazuje także, iż stanowisko Zamawiającego co do kwalifikacji przedmiotowej omyłki jest wewnętrznie sprzeczne. Z jednej strony Zamawiający

6

jednoznacznie oświadcza w rozstrzygnięciu protestu, iż ściśle określił poziom zabezpieczenia (10% ceny ofertowej) pozostawiając wykonawcy jedynie wybór co do formy zabezpieczenia. Z drugiej strony wskazuje, iż wykonawcy mieli zaoferować zabezpieczenie w określonej wysokości i formie. Odwołujący się zaoferował zabezpieczenie w wysokości oczekiwanej przez Zamawiającego, akceptując wzór umowy załączony do siwz.

Odwołujący się nie podziela twierdzeń Zamawiającego, iż zastosowanie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp w niniejszej sprawie nie jest możliwe, ponieważ Zamawiający nie może określać samodzielnie formy wniesienia wadium. Po pierwsze, Odwołujący się wyjaśnia, iż nie ma potrzeby dokonywania określania formy zabezpieczenia. Treść oferty Odwołującego się jednoznacznie wskazuje na wniesienie zabezpieczenia w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Zdaniem Odwołującego się, stanowisko Zamawiającego, iż ze zwrotu

"gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium" rzekomo płynie niemożność poprawienia treści oferty, żadną miarą nie zasługuje na uwzględnienie. Podając w swojej ofercie formę gwarancji ubezpieczeniowej Odwołujący się określił jedną z form zabezpieczenia wskazaną w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp. Fakt, iż w treści oferty błędnie określono dług, którego zapłatę zabezpieczać ma gwarancja ubezpieczeniowa nie oznacza, iż nie można wskazać formy wniesienia zabezpieczenia. Nie istnieje bowiem odrębna instytucja "gwarancji zapłaty i "gwarancji na ubezpieczeniowej wadium" odrębna ubezpieczeniowej należytego Każdorazowo zabezpieczenie umowy". Jest to wykonania gwarancja ubezpieczeniowa, zgodnie z załącznikiem do ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. Nr 124, poz. 1151 z późno zm.), bowiem ustawa ta (i żadna inna) nie wyróżnia takich rodzajów gwarancji. Wadliwe określenie długu, który zabezpiecza gwarancja nie oznacza zaoferowania formy zabezpieczenia niezgodnej z przepisami ustawy Pzp. Po wtóre, Odwołujący się wskazuje, iż w świetle postanowień art. 148 ust. 1 ustawy Pzp zapis w treści formularza oferty, w którym wykonawcy mieli określić formę zabezpieczenia nie stanowi jakiegokolwiek zobowiązania. Stosownie do treści art. 148 ust. 1 ustawy Pzp zabezpieczenie może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub w kilku formach tam wskazanych. Przepis ten jednoznacznie daje wykonawcy prawo wyboru formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Tym samym pomimo złożenia deklaracji co do oznaczonej formy zabezpieczenia w formularzu oferty, Odwołujący się i tak ma pełne prawo wnieść zabezpieczenie w każdej innej formie określonej w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp, a Zamawiający ma obowiązek zabezpieczenie takie zaakceptować.

W dniu 7 października 2009 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

7

W rozdziale XI pkt 7 siwz Zamawiający postanowił, iż „będzie żądał od Wykonawcy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny ofertowej.” Jednocześnie Zamawiający wskazał, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy może być wniesione według wyboru Wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach: pieniądzu, poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej (z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym), gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. „Kwota zabezpieczenia należytego wykonania umowy służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, oraz pokryciu roszczeń z tytułu gwarancji jakości.”

W pkt 4 ppkt 6 oferty (str. 4) Odwołujący się złożył następujące oświadczenie: „akceptuję bez zastrzeżeń wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego przedstawiony w Części II SIWZ, w tym warunki płatności tam określone; w przypadku wybrania naszej oferty jako najkorzystniejszej zobowiązujemy się do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 15 000,00 zł (...) w terminie wskazanym przez Zamawiającego w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.”

Pismem z dnia 1 września 2009 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego się, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wyjaśnił, iż „treścią oferty jest oświadczenie określające istotne postanowienia umowy jaka ma być zawarta w przypadku uznania oferty za najkorzystniejszą. Elementem tak rozumianej oferty jest m.in. wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający podał w treści SIWZ, że będzie wymagał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny ofertowej. Z oświadczenia zawartego w Formularzu Ofertowym w ust. 4 pkt 6 złożonego przez Wykonawcę wynika, że wniesie on zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 15 000,00 zł w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Cena zaoferowana przez Państwa wyniosła 780 800,00 zł brutto, a więc wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy winna wynosić 78 080,00 zł. Nadto nie może to być gwarancja zapłaty wadium gdyż środek ten ma zupełnie inny cel niż zabezpieczenie należytego wykonania umowy.”

W tych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Istota sporu między stronami sprowadza się do określenia charakteru wskazanych

omyłek. Sposób zakwalifikowania omyłki, determinuje bowiem dalsze działania Zamawiającego. Zaliczenie omyłki do kategorii, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, powoduje powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku jej poprawienia. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że w badanym stanie faktycznym wskazanych omyłek nie można zaliczyć do grupy oczywistych omyłek pisarskich. Izba stoi bowiem na

8

stanowisku, że w zakresie tej kategorii pojęciowej mieszczą się jedynie tego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy. Co oznacza, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy (w sensie merytorycznym). W niniejszym stanie faktycznym, błąd w określeniu wysokości zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia nie jest możliwy do stwierdzenia bez poczynienia ustaleń dotyczących niniejszego zamówienia. Konieczne jest sięgnięcie do dokumentacji postępowania i określenie na tej podstawie wymagań Zamawiającego, po to, żeby w ogóle było możliwe stwierdzenie wystąpienia przedmiotowej omyłki. Dokonanie tak daleko idących czynności, w powiązaniu z wykonaniem działania arytmetycznego powoduje, iż nie ma możliwości stwierdzenia przedmiotowej omyłki „na pierwszy rzut oka”, a w związku z tym, nie sposób uznać, że sporna omyłka mieści się w zakresie oczywistej omyłki pisarskiej. Stąd też, Izba stoi na stanowisku, iż bezprzedmiotowy jest zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Argumentacja Zamawiającego i Przystępującego, dotycząca oczywistych omyłek rachunkowych, w okolicznościach niniejszej sprawy, jest bezprzedmiotowa, bowiem Odwołujący się nie sformułował zarzutu naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym nie twierdził, iż popełniona przez niego omyłka należy do kategorii oczywistych omyłek rachunkowych.

Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy poprawienie wskazanych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Tylko bowiem w sytuacji, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty, ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu wyeliminowania niezgodności z SIWZ. Skoro oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, zawierające propozycję zawarcia umowy, to dopuszczalna jest na gruncie powołanego przepisu zmiana treści przedmiotowego oświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji istotnych postanowień proponowanej umowy, a więc elementów przedmiotowo istotnych (*essentialia negotii*). Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (istotne zmiany) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty.

9

Dokonanie zmiany w przedmiocie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zdaniem Izby, nie spowoduje istotnych zmian w treści ofert. Po pierwsze za takim stanowiskiem przemawia fakt, iż zmiany te nie dotyczą przedmiotowo istotnych elementów umowy (okoliczność bezsporna). Zaś, jak podkreśla się w doktrynie, pod pojęciem istotnych postanowień proponowanej umowy należy rozumieć „przedmiotowo istotne elementy umowy (*essentialia negotii*), a więc te postanowienia, które decydują o istocie danej umowy, indywidualizują ją pod względem prawnym spośród innych umów. Bez ich określenia dana umowa nie może dojść do skutku. (Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, A. Kidyba. K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, T. Sokołowski: Kodeks cywilny. Komentarz.”, LEX, 2009). Zatem, jak trafnie podnosi Odwołujący się, ewentualna korekta nie sprzeciwiałaby się naturze stosunku umownego. W tych okolicznościach za nieuprawnione należy uznać twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego, iż istotne postanowienia umowy są kategorią

pojęciową szerszą niż elementy przedmiotowo istotne. Natomiast, nie można odmówić Zamawiającemu racji, iż instytucja zabezpieczenia należytego wykonania umowy wzmacnia pozycję Zamawiającego względem wykonawcy i stanowi istotne zabezpieczenie jego interesów. Jednakże funkcja, jaką pełni zabezpieczenie i sama jego istota nie przesądza o fakcie, iż mamy do czynienia w tym zakresie z *essentia negotii*, zaś wprowadzenie korekty w jej ramach nie pozbawi Zamawiającego ochrony, a tym bardziej nie spowoduje zmiany jej charakteru (gwarancyjnego). Argumentacja Przystępującego przedstawiona w tym zakresie, w istocie potwierdza powyższe twierdzenia. Jak Przystępujący sam zauważa, „zabezpieczenie jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym o charakterze realnym, ponieważ do jego ważności i skuteczności niezbędne jest rzeczywiste wniesienie zabezpieczenia.” Przystępujący zatem przyznaje, iż mówiąc o zabezpieczeniu należytego wykonania umowy mamy na myśli dodatkowe postanowienia umowy, skoro dodatkowe, to z pewnością nie istotne. Ponadto, do wniesienia zabezpieczenia nie wystarczy samo zobowiązanie się wykonawcy w tym zakresie. Po drugie, o czym była już mowa wyżej, zmiany nie obejmowałyby nawet podstawowego stosunku obligacyjnego, a jedynie zobowiązanie o charakterze akcesoryjnym. Trudno zatem mówić o istotnych zmianach treści oferty, w warunkach, w których przedmiotem zmiany nie będą dotknięte w ogóle elementy kreujące przyszłego, podstawowego stosunku zobowiązaniowego.

Nie budzi wątpliwości Izby, iż działanie Odwołującego się jest skutkiem popełnionego błędu. Wskazuje na to nie tylko przebieg rozprawy, ale również sama treść złożonej oferty. W formularzu ofertowym Odwołujący się potwierdził bowiem, iż zapoznał się z treścią SIWZ (pkt 4 ppkt 1) oraz akceptuje bez zastrzeżeń wzór umowy (pkt 4 ppkt 6), z obu zaś dokumentów, wynika wysokość zabezpieczenia. W tych okolicznościach nie sposób twierdzić, iż nie mamy do czynienia z omyłką a z zamierzonym postępowaniem Odwołującego się, tym bardziej, że jak wynika z treści oświadczenia zawartego w pkt 4 ppkt

10

6 formularza oferty, Odwołujący się pomylił instytucję zabezpieczenia należytego wykonania umowy z wadium. Nie oznacza to jednak, iż intencją Odwołującego się nie było zaoferowanie przedmiotowego zabezpieczenia, czy też zaoferowanie go w innej, niż wymagana przez Zamawiającego, wysokości. Wobec oświadczeń złożonych przez Odwołującego się Zamawiający nie miał podstaw, żeby uznać, iż wykonawca nie był świadomy prawidłowej wysokości żądanego zabezpieczenia, a tym bardziej, iż w tej sytuacji, mógłby nie złożyć takiego oświadczenia.

Dodatkowo, wskazać należy, iż popełniona omyłka może być poprawiona przez Zamawiającego właściwie bez udziału Wykonawcy (poza obligatoryjnym wyrażeniem zgody na jej poprawienia), bowiem sposób jej poprawienia, wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, nie pozostawia Zamawiającemu możliwości arbitralnych decyzji i w żadnym razie nie wymaga dokonania jakichkolwiek uzgodnień, czy konsultacji z Odwołującym się. Wartość zabezpieczenia determinowana jest przez wskaźnik procentowy odniesiony do wartości oferty, a ustalony przez Zamawiającego. Twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nie wiadomo, czy omyłka dotyczy spornego zabezpieczenia, czy też ceny oferty są nieuzasadnione. Wadliwe oświadczenie dotyczy przedmiotowego zabezpieczenia, a skoro tak, to jak trafnie podnosi Odwołujący się, jego wysokość ustalana jest w odniesieniu do ceny i w żadnym razie nie wpływa na wysokość ceny. Zabezpieczenie jest pochodną ceny, a nie odwrotnie. Przytoczone stanowisko stanowi kolejny argument przesądzający, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z omyłką (niezamierzone działanie Wykonawcy), której poprawienie nie wywoła istotnych zmian w treści oferty (nie wymaga bowiem nawet jego udziału w sensie określenia sposobu jej poprawienia). Analogiczną argumentację należy odnieść do formy wniesienia spornego zabezpieczenia. Dodatkowo, należy wskazać, iż w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący się w istocie określił jej formę, wskazując na gwarancję ubezpieczeniową. Na podstawie sformułowania „w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium” Zamawiający nie ma podstaw przyjąć, iż forma ta dotyczy wyłącznie wadium, podczas gdy treść spornego oświadczenia dotyczy zabezpieczenia należytego wykonania umowy a nie wadium. Zatem, za nieuprawnione należy uznać twierdzenie Zamawiającego, iż faktycznie musiałby dokonać wyboru formy, w jakiej wykonawca zamierza wnieść zabezpieczenie. Niezależnie od powyższego, na uwagę zasługuje fakt, iż jak sam przyznał Zamawiający na rozprawie rzeczą dyskusyjną jest, czy w ofercie wykonawca jest w

ogóle zobowiązany do wskazania takiej formy. Skoro budzi to wątpliwości, to nieuzasadnione jest twierdzenie o istotności zmian w tym zakresie.

Dodatkowo podkreślić należy, iż okoliczność, że Zamawiający w sposób jednoznaczny wymagania dotyczące konkretnych sformułował treści oświadczeń, składających się na ofertę, pozostaje bez wpływu na ocenę charakteru popełnionych omyłek.

11

W związku z powyższym zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Błędne stwierdzenie niemożliwości poprawienia omyłek stało się przyczyną odrzucenia oferty, która to czynność w konsekwencji również obarczona jest błędem, a to z kolei przesądza o trafności zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tych okolicznościach, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony. Odrzucenie bowiem prawidłowej oferty stanowi przejaw złamania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1, 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3 600,00 zł oraz koszty związane z dojazdem na posiedzenie w kwocie 1 238,49 zł.

12

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

13