

WYROK
z dnia 10 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2017 r. przez wykonawcę – **SPORT-TRACK Sp. z o.o. ul. Jasna 9, 52-200 Wysoka** w postępowaniu prowadzonym przez **Gdyńskie Centrum Sportu ul. Olimpijska 5/9, 81-538 Gdynia** przy udziale wykonawcy **Panorama Obiekty Sportowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Puławska 38, 05-500 Piaseczno** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2004/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu **Gdyńskiemu Centrum Sportu** unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego **SPORT-TRACK Sp. z o.o.** oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Gdyńskie Centrum Sportu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: **dziesięć tysięcy złotych 00 groszy**) uiszczoną przez **SPORT-TRACK Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - **Gdyńskie Centrum Sportu** na rzecz Odwołującego **SPORT-TRACK Sp. z o.o.** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: **trzynaście tysięcy sześćset złotych 00 groszy**) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Gdyńskie Centrum Sportu (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn.zm), zwanej dalej „ustawą” lub „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wymiana nawierzchni ze sztucznej trawy na Narodowym Stadionie Rugby przy ul. Kazimierza Górskiego 10 w Gdyni”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 09 sierpnia 2017 r., numer 566436-N-2017. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 09 sierpnia 2017 r.

Pismem z dnia 19 września 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego - Sport-Track Sp. z o.o. o odrzuceniu, złożonej przez niego oferty, na podstawie 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W dniu 25 września 2017 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec tej czynności Zamawiającego. W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w tym w szczególności w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w związku z uznaniem, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz że na skutek złożonych wyjaśnień doszło do zmiany treści oferty,
- 3) ewentualnie zaniechanie poprawienia innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, co w konsekwencji musi prowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 4) zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego według faktury przedstawionej na rozprawie.

Wykazując swój interes w uzyskaniu zamówienia publicznego Odwołujący wskazał, iż Zamawiający z naruszeniem prawa dokonał czynności odrzucenia jego oferty, co doprowadziło do realnej szkody w postaci braku uzyskania przedmiotowego zamówienia, pomimo, iż jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert. Tym samym naruszony został jego interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego czynności i zaniechania Zamawiającego naruszają wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp i jednocześnie wpływają na jego sytuację, powodując zaistnienie po jego stronie uszczerbku stanowiącego szkodę w następstwie naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko w przedmiocie odrzucenia jego oferty podał, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i jako podstawę odrzucenia oferty powołał się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W dalszej części uzasadnienia faktycznego Zamawiający wskazał, że w wyniku złożonych, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień Odwołującego, doszło do zmiany treści oferty. Zdaniem Odwołującego nie można się zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego. W rozdziale 18 SIWZ, Zamawiający wskazał jako kryteria oceny ofert m.in. termin uzyskania certyfikatów. W pkt 5 zostało wskazane: „Dla oceny kryterium termin uzyskania certyfikatu Word Rugby Regulation 22 oraz FIFA Quality Pro ustala się punktację liczoną w następujący sposób: Dopuszczalny maksymalny termin uzyskania certyfikatu Word Rugby Regulation 22 oraz FIFA Quality Pro to 120 dni. Termin należy podać w pełnych dniach. Zgodnie z postanowieniami SIWZ zamawiający zamierzał przydzielać punkty za najkrótszy oferowany termin uzyskania certyfikatów spośród badanych ofert (podany w pełnych dniach). W pkt 4 formularza oferty Odwołujący termin ten odniósł do terminu „od podpisania umowy”. Nie ulega wątpliwości, na co wskazuje sam Zamawiający w piśmie z dnia 5 września 2017 r., że podjęcie działań mających na celu uzyskanie certyfikatów i samo uzyskanie certyfikatów możliwe jest dopiero po zakończeniu robót budowlanych, które mają podlegać certyfikacji. W związku z tym w formularzu oferty Wykonawca wpisał datę w pełnych dniach w takiej ilości, w jakiej zobowiązał się do uzyskania certyfikatu. Jeśli zaś zamawiający zamierzał do wzoru w kryterium oceny ofert podstawić sumę dni za roboty budowlane (pkt 3 formularza oferty) i termin wskazany na uzyskanie certyfikatów (pkt 4 formularza oferty) to podanie tylko dni na uzyskanie samego certyfikatu należy potraktować jako omyłkę, całkowicie nie zamierzoną i mieszczącą się

w kategoriach przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Złożenie oferty de facto wiąże się z zaakceptowaniem przez wykonawcę określonych przez Zamawiającego oczekiwań co do zaoferowania przedmiotu zamówienia, czy sposobu jego realizacji. W konsekwencji jeżeli konkretne okoliczności nie wskazują wprost, że jest inaczej, czyli że wykonawca zaoferował czy to przedmiot zamówienia, czy też sposób jego realizacji odmiennie od postawionych wymagań, to, zdaniem Odwołującego, należy przyjąć założenie, że wykonawca złożył ofertę w dobrej wierze z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ. Odwołujący w dobrej wierze i zgodnie z postanowieniami rozdziału 18, podał ilość dni na uzyskanie certyfikatu, w sposób niezawiniony nie domyślił się, że w pkt 4 winien zsumować ilość dni z pkt 3 i 4. Jednakże bez wątpienia jego oferta nie jest sprzeczna z treścią SIWZ, sprzeczność z treścią SIWZ w tym obszarze zdefiniował bowiem sam zamawiający na stronie 19 SIWZ w postanowieniu „UWAGA” wskazując, że: „w przypadku nie wpisania w ofercie (formularzu oferty) okresu (terminu) uzyskania certyfikatów lub wpisania okresu dłuższego niż 120 dni, oferta będzie uznana jako sprzeczna z treścią siwz. „Zsumowanie pozycji 3 i 4 formularza ofertowego wskazuje na termin 69 dni, co również nie stanowi przekroczenia wymaganego terminu 120 dni, pozwalającego na odrzucenie takiej oferty.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że sam zamawiający niejako przyczynił się do powstania omyłki, bowiem w ramach kryterium wskazał, że należy podać termin uzyskania certyfikatów, co bez wątpienia można odczytać jako podanie jedynie terminu na tę część przedmiotu zamówienia, kryterium bowiem nie brzmi: termin wykonania robót i uzyskania certyfikatu, przy czym Odwołujący dodał, iż stwierdzenie to nie stanowi w żaden sposób kwestionowania postanowień SIWZ, a jedynie uzasadnienie, że omyłka jest oczywista.

Zdaniem Odwołującego w tym przypadku występuje inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, która po pierwsze jest nieistotna, a po drugie dane pozwalające na samodzielne dokonanie jej poprawienia wynikają wprost z treści złożonej oferty. Zaistniała omyłka jest omyłką nieistotną, bowiem zsumowanie ilości dni podanych w formularzu ofertowym i podstawianie do wzoru 69 dni nie powoduje jakiegokolwiek zmiany w rankingu złożonych ofert, co oznacza, że w dalszym ciągu to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą. Nie doszło do zmiany treści oferty, tak jak to twierdzi Zamawiający, Wykonawca składając wyjaśnienia nie podał bowiem żadnych innych wartości, niż te które od samego początku zostały ujawnione w treści oferty. Odwołujący nie kwestionuje, że certyfikat uzyskuje się po wykonaniu robót, wynika to z zasad logiki, zasad realizacji przedmiotowego zamówienia jak i każdej tego typu realizacji, a więc omyłka jest widoczna na pierwszy rzut oka i możliwa do zauważenia przez każdego. Odwołujący wskazał, że intencją ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu ofert obarczonych wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie

... ..
prowadzą do istotnych zmian w treści oferty, nie zniekształcają w znacznym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny ofert nawet takich, które zawierają błędy, byleby tylko nie powadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy. Poprawienie nieprawidłowości na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści - w tym postępowaniu treść rozdziału 18 i treść pkt 4 formularza ofertowego pozwalają stwierdzić, że nie może być mowy o jakimkolwiek celowym działaniu; po drugie niezgodność nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty - podstawienie do wzoru sumy dni, a nie ilości dni jakie zostały przewidziane na uzyskanie certyfikatów daje taki sam rezultat w rankingu złożonych ofert. Zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp jest obowiązkiem zamawiającego przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty. W tym stanie faktycznym nie ma żadnych okoliczności mogących wskazywać na to, że treść oferty w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest niezgodna z treścią specyfikacji. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ.

W dniu 29 września 2017 r. przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca – Panorama Obiekty Sportowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej „Przystępujący”). Przystępujący wskazał, iż ma interes w przystąpieniu do postępowania, ponieważ jako podmiot, którego oferta jest na drugim miejscu i może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, posiada interes w tym, aby czynność Zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego nie została uchylona w postępowaniu wywołanym odwołaniem Odwołującego. Tym samym, Przystępujący ma interes w tym, aby czynność Zamawiającego z dnia 19 września 2017 roku pozostała w obrocie prawnym, natomiast odwołanie Sport Track Sp. z o.o. zostało oddalone w całości. Odnosząc się do zarzutów odwołania Przystępujący stwierdził m.in., iż Zamawiający dokonał prawidłowej oceny warstwy merytorycznej oferty, która nie spełniała wymogów wynikających z treści SIWZ. W ocenie Przystępującego, przedstawione przez Odwołującego terminy: wykonania prac oraz uzyskania certyfikatów dla nawierzchni sportowej, były w sposób świadomy znacznie zaniżone, niemożliwe do spełnienia i jako takie stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji, w celu uzyskania jak najwyższej punktacji przy ocenie ofert. Zdaniem Przystępującego Odwołujący w sposób świadomy wskazał pierwotnie na krótki, wręcz niemożliwy do realizacji, termin wykonania prac i uzyskania certyfikatów World Rugby

Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO, nadto wskazany przez Sport Track termin wykonania prac na 45 dni jest o 25 dni krótszy od wskazanego przez pozostałych oferentów. Wedle zasad doświadczenia życiowego, nie jest możliwa realizacja prac budowlanych w tak krótkim terminie. Oczywiście jest bowiem, iż na termin realizacji robót budowlanych ma wpływ szereg czynników: technologia prac, której w wielu przypadkach nie można

„przyśpieszyć” (np. wykonanie maty e-layer metoda in situ, klejenie trawy, -, schnięcie klejów do trawy i zapraw), jak również chronologia ich wykonania. Niektórych prac nie da się wykonać, bez uprzedniej realizacji innych robót. W ocenie Przystępującego Odwołujący w sposób rozmyślny pominął również możliwość przestoju z powodów niezależnych od wykonawcy, takie jak opady atmosferyczne i wilgotność (uniemożliwiająca układanie nawierzchni lub prace zmienne). Termin realizacji wynoszący 45 dni jest, w świetle obiektywnych przesłanek, terminem niemożliwym do wypełnienia; tak krótki termin został z całą pewnością wskazany tylko i wyłącznie w celu osiągnięcia najwyższego wyniku w przetargu. Nierealny do osiągnięcia jest, zdaniem Przystępującego, także termin uzyskania przez Odwołującego certyfikatów, wskazany na 24 dni - wobec 120 dni wskazanych przez pozostałych oferentów. Certyfikacja możliwa jest po wybudowaniu kompletnego obiektu i zgłoszenia go do badań właściwemu akredytowanemu przez FIFA instytutowi. Takie badanie nie jest wykonywane „z dnia na dzień”, gdyż wymaga to przybycia zespołu specjalistów, którzy przez co najmniej kilka dni wykonują szereg testów, związanych

m. in. z parametrami odbijania piłki, tarcia trawy, amortyzacji wstrząsów, odporności mechanicznej). Co więcej, certyfikat nie jest wydawany „natychmiast” po przeprowadzeniu badań, gdyż wyniki zebrane w trakcie testów polowych są poddawane szczegółowej analizie przez laboratorium, a w dalszej kolejności wysłane do FIFA, która, jako niezależna sportowa federacja potrzebuje kilkunastu dni na ich weryfikację i wydanie certyfikatu FIFA Quality Pro. Podobnie rzecz ma się z certyfikacją w federacji World Rugby. Praktyka pokazuje również, że okres oczekiwania na badania polowe, ich analizę i wydanie certyfikatu potrafi być wydłużony ze względu na czas oczekiwania w kolejce na certyfikację. O ile pozostali wykonawcy wzięli pod uwagę te obiektywne okoliczności, to Odwołujący świadomie podał termin realizacji celowo zaniżony, niemożliwy do spełnienia. Zdaniem Przystępującego Zamawiający w sposób zasadny zażądał od Odwołującego udzielenia informacji w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie wyjaśnienia terminu realizacji. Odwołujący w odpowiedzi wskazał na zupełnie inny termin realizacji, to jest uzyskanie certyfikatu dopiero po wybudowaniu boiska: a zatem 69 dni od podpisania umowy - wobec pierwotnego terminu

24 dni, wskazanego w pierwotnym brzmieniu oferty. Wykonawca nie może, po upływie terminu do składania ofert zmienić oferty. Ustawodawca zabezpieczył zatem zamawiających na czas pomiędzy terminem składania ofert a terminem ich otwarcia, bowiem zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić

lub wycofać ofertę, co oznacza, że w terminie pomiędzy składaniem a otwarciem ofert wykonawcy już nie mogą podejmować żadnych czynności dotyczących złożonych ofert, pozostawiając zamawiającym swobodę w podejmowaniu czynności.

Zdaniem Przystępującego nie jest dopuszczalna próba zmiany przez Odwołującego istotnego elementu oferty (mającego 25% termin realizacji zamówienia i 5% termin uzyskania certyfikatów wagi w kryterium oceny oferty) w sytuacji, gdy Zamawiający zwrócił uwagę Odwołującego na nierealność pierwotnie wskazanego terminu, zaś ten - dopiero po tym fakcie - podjął próby, w celu „urealnienia” terminu wykonania prac i uzyskania certyfikatu dla nawierzchni syntetycznej. Na poparcie swojego stanowiska w tym zakresie Przystępujący wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej tj. w wyrok z dnia 16.09.2015 r. sygn. akt KIO 1910/15 i z 13.06.2017 r. sygn. akt KIO 1088/17. Zdaniem Przystępującego Odwołujący dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na podaniu zaniżonego terminu realizacji. Dopiero w sytuacji, gdy Zamawiający zażądał od niego wyjaśnień, Odwołujący termin ten „urealnił” do 69 dni. Innymi słowy, Odwołujący próbuje wyjaśnić czyn nieuczciwej konkurencji za pomocą „innej omyłki”, dopiero na etapie wnoszenia odwołania od czynności Zamawiającego. Działanie Odwołującego, zdaniem Przystępującego, było celowym zabiegiem, mającym na celu naruszenie interesów Zamawiającego oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu. Przystępujący na poparcie swojego stanowiska podał, iż w wyroku z dn. 17.11.2016 r. (KIO 2091/16) wskazano, iż wyznaczenie bardzo krótkiego terminu dostawy, tak aby w danym kryterium otrzymać maksymalną liczbę punktów z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes Zamawiającego. Celem takiego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków dostawy, czy konkurowanie terminem, a jedynie wykorzystanie przyjętych w specyfikacji założeń służących ocenie ofert, która doprowadzić powinna do wyboru oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Przystępującego jest naruszeniem zaoferowanie tak krótkiego terminu, który nie pozwala na uczciwą rywalizację w innych kryteriach. Przystępujący przywołał wyrok z dnia 29.08.2016 r. (KIO 1516/16) w którym Izba zaprezentowała stanowisko, iż działanie polegające na zaoferowaniu terminu przydatności nierealnego, niemożliwego, ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k., bowiem zamiarem wykonawcy było sztuczne zawyżenie punktacji, którą spodziewał się uzyskać w kryterium „termin przydatności materiałów eksploatacyjnych”, jednocześnie uniemożliwiając lub znacznie utrudniając uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się udzielić terminu przydatności, który będzie realny.

O innej omyłce, zdaniem Przystępującego można mówić w przypadku, gdy Zamawiający ma prawo i obowiązek poprawić inne omyłki w ofercie, jeżeli poprawki tych

omyłek nie spowodują istotnych zmian w treści oferty. Przystępujący podnosi, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nie można mówić o innej omyłce, którą Zamawiający był zobowiązany sprostować w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zmiana terminu uzyskania certyfikatu - z pierwotnie wskazanej na 24 dni, na późniejsze jego oznaczenie w terminie 69 dni skutkuje trzykrotnym wydłużeniem terminu wskazanego w ofercie. Takiego działania Odwołującego w ocenie Przystępującego nie można uznać za oczywistą omyłkę. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. nie przewiduje oczywistości omyłki, może być to omyłka nieoczywista, ważne, żeby jej poprawa nie powodowała istotnych zmian w treści oferty. Poprawa oznaczenia terminu, wynosząca ponad trzykrotność terminu wykonania, pierwotnie wskazana przez Odwołującego, nie może mieścić się w katalogu „nieistotnych” zmian w warstwie merytorycznej oferty.

Jakkolwiek, wskazany przez Odwołującego, w toku udzielania wyjaśnień, termin 69 dni mieścił się w 120 dniowym terminie, wynikającym z SIWZ, to ten termin Odwołujący wskazał dopiero na etapie wyjaśnień do treści oferty. Pierwotny termin wskazany przez Odwołującego, to jest 45 dni, był wskazany przez Odwołującego celowo, aby osiągnąć jak najwyższą punktację w zakresie terminu realizacji prac. Znamionym jest, iż wspomniana „inna omyłka” nie zwróciła w żadnej mierze uwagi Odwołującego, zaś jej wyjaśnienia dopiero podjął się po zażądaniu wyjaśnień od Zamawiającego. Obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp aktualizuje się w przypadku, gdy po pierwsze - oferta nie odpowiada treści SIWZ, po drugie - niezgodność ta ma charakter omyłki, po trzecie - poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (tak KIO w wyroku z dnia 28.03.2017 r., KIO 500/17).

W ocenie Przystępującego, również nie nastąpiło naruszenie normy art. 7 ust. 1 i 3 PZP. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie

polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. W ocenie Przystępującego, wszyscy wykonawcy w omawianym przetargu mieli zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji, zaś Zamawiający dokonał wszechstronnego rozważenia ofert wszystkich wykonawców. Zdaniem Przystępującego niezasadny jest zarzut Odwołującego, jakoby Zamawiający naruszył zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Wręcz przeciwnie, Zamawiający wzięwszy pod rozagę nierealnie krótki termin wykonania prac, podjął działania i nakazał Odwołującemu wyjaśnienie treści oferty. To Odwołujący, w okolicznościach powyżej wskazanych, dopuścił się naruszenia zasad uczciwej konkurencji, co słusznie zauważył

Zamawiający i zobowiązał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Nadto, zdaniem Przystępującego Odwołujący nie sprecyzował, na czym polegało rzekome naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji; bo jeżeli naruszeniem tej zasady jest tylko i wyłącznie okoliczność zażądania od jednego z wykonawców udzielenia informacji, co do oferty, która w sposób oczywisty nosi znamiona nieuczciwej konkurencji, to zarzut taki z całą pewnością nie może się ostać. Wymaga przy tym zwrócenia uwagi, iż skarżący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie tych twierdzeń, do czego zobowiązany jest przepisem art. 190 ust. 1 Pzp, z którego wynika, iż strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przystępujący wskazał na orzecznictwo KIO w tym zakresie z którego wynika, iż samo stawianie pytań, sygnalizowanie wątpliwości, poddawanie w wątpliwość wiarygodności dokumentów, czy stawianie pewnych hipotez, nie stanowi wywiązania się z obowiązku udowodnienia swoich twierdzeń (KIO w wyrok z dn. 30.06.2016 r., KIO 1047/16) oraz, że ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony obowiązkiem przekonania Izbą dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej - konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (KIO 2474/15, wyrok z dnia 27.11.2015 r.).

Pismem z dnia 5 października 2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. W piśmie tym Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu Zamawiający przytoczył szereg postanowień SIWZ i wskazał, iż w jego ocenie jej postanowienia były jednoznaczne i nie mogły budzić wątpliwości. Według Zamawiającego treść złożonego w ofercie przez Odwołującego oświadczenia nie budzi żadnych wątpliwości. Jest oczywistym, że Odwołujący zobowiązał się, że dokona i dostarczy dokumenty potwierdzające certyfikację boiska w terminie 24 dni od dnia podpisania umowy, zaś roboty budowlane wykonana w terminie 45 dni od dnia podpisania umowy. Oznacza to, zdaniem Zamawiającego, że w ofercie Odwołujący zobowiązał się do wykonania i dostarczenia certyfikacji boiska przed wykonaniem robót budowlanych (w tym przed położeniem nawierzchni murawy). Jest to nie tylko sprzeczne z logiką i regulacjami odpowiednich federacji sportowych (ponieważ nie można uzyskać certyfikatu World Rugby Regulation 22 czy FIFA QUALITY PRO przed położeniem nawierzchni murawy na obiekcie podlegającym certyfikacji) ale i treścią SIWZ, która wyraźnie w Rozdziale 3 ust.25 wskazywała, że procedura certyfikacyjna ma być przeprowadzona po wykonaniu boiska. Oświadczenia składane w ofertach przez wykonawców co do terminów wykonania poszczególnych części przedmiotu zamówienia miały istotne znaczenie i były istotnymi częściami (elementami) ofert. Podlegały one bowiem ocenie w ramach kryterium oceny ofert. W związku z tym, że zgodnie z SIWZ wykonanie certyfikatów miało nastąpić po budowie boiska, czyli po upływie zaoferowanego przez Odwołującego się terminu 45 dni na wykonanie etapu I, i wiedzą Zamawiającego, iż ich wykonanie możliwe jest po wykonaniu całości robót budowlanych, Zamawiający wezwał Odwołującego się do złożenia stosownych wyjaśnień do treści złożonej oferty. W wyniku złożonych wyjaśnień Odwołujący się wskazał, że wykonanie certyfikacji może być dokonane dopiero po wykonaniu robót budowlanych, na które potrzebuje 45 dni od dnia podpisania umowy. Wskazał, iż należy termin uzyskania certyfikatów liczyć w następujący sposób: 45 dni + 24 dni = 69 dni. W związku z tym, że powyższym oświadczeniem złożonym w ramach wyjaśnienia treści oferty, Odwołujący Zdaniem Zamawiającego, zmienił istotną treść oferty tj. termin wykonania przedmiotu zamówienia będący jednym z kryteriów oceny ofert, Zamawiający uznał, że taka zmiana jest w świetle art. 87 ust 1 ustawy Pzp niedopuszczalna. Zmiana terminu wykonania II etapu przedmiotu zamówienia w postaci certyfikacji boiska z 24 na 69 dni prowadziłaby bowiem do istotnej zmiany w treści oferty bo zmieniany byłby element, który stanowi kryterium oceny oferta, zatem ma wpływ na ocenę oferty. W Rozdziale 18 ust 1 SIWZ - wbrew twierdzeniom Odwołującego się, Zamawiający odniósł się jedynie do wagi kryteriów oceny ofert i sposobu oceny ofert. Sposób rozpoczęcia liczenia terminów dla poszczególnych etapów, w tym pozyskiwania certyfikatów, został określany przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ, formularzu oferty oraz ogłoszeniu o zamówieniu. I tak, w ustępach 4 i 5 Rozdziału 18 SIWZ Zamawiający określił wagę kryteriów oraz odwoływał się do formularza oferty/oferty:

„4. Dla oceny kryterium termin realizacji zamówienia całości przedmiotu zamówienia za wyjątkiem uzyskania certyfikatu World Rugby Regulation 22 oraz FIFA Quality Pro, ustala się punktację liczoną w następujący sposób:

Dopuszczalny maksymalny termin realizacji zamówienia to 70 dni. Termin należy podać w pełnych dniach. Punkty przydzielane będą w następujący sposób wg wzoru:

$T_g = [TM / T_u] \times 25$

TK - liczba punktów dla kryterium termin realizacji,

T_n - najkrótszy oferowany termin realizacji spośród badanych ofert (podany w pełnych dniach),

TR - Termin realizacji oferty badanej podany w pełnych dniach]. Oferta może uzyskać

maksymalnie 25 pkt Uwaga:

W przypadku nie wpisania w ofercie (formularzu oferty) okresu (terminu) realizacji zamówienia lub wpisania okresu dłuższego niż 70 dni, oferta będzie uznana jako sprzeczna z treścią SIWZ.

5. Dla oceny kryterium termin uzyskania certyfikatu World Rugby Regulation 22 oraz FIFA Quality Pro ustala się punktację liczoną w następujący sposób: Dopuszczalny maksymalny termin uzyskania certyfikatu World Rugby Regulation 22 oraz FIFA Quality Pro to 120 dni. Termin należy podać w pełnych dniach. Punkty przydzielane będą w następujący sposób wg wzoru:

$T_r = [T_u - T_n] / T_n \times 10$

T_c - liczba punktów dla kryterium termin uzyskania certyfikatów,

TN - najkrótszy oferowany termin uzyskania certyfikatów spośród (podany w pełnych dniach),

TR - Termin uzyskania certyfikatów oferty badanej (podany w pełnych dniach].

Oferta może uzyskać maksymalnie 5 pkt Uwaga: W przypadku nie wpisania w ofercie (formularzu oferty) okresu (terminu) uzyskania certyfikatów lub wpisania okresu dłuższego niż 120 dni, oferta będzie uznana jako sprzeczna z treścią SIWZ."

Nie można zatem mówić, zdaniem Zamawiającego, o jakiegokolwiek możliwości wprowadzenia wykonawcy w błąd przez treść SIWZ. W Rozdziale 16 ust. 4 i 5 wyraźnie znalazły się odesłania do formularza oferty i wskazanych w nim przez wykonawcę terminów. W żadnym miejscu w Rozdziale 18 ust. 4 i 5 SIWZ nie zostały wskazane inne niż w postanowieniach Rozdziału 3 ust. 25 SIWZ czy punktach 3 i 4 Formularza oferty daty rozpoczęcia liczenia terminu wykonania danej części przedmiotu zamówienia. Zarzuty Odwołującego się są w tym zakresie całkowicie bezpodstawne. Zamawiający zaznaczył, iż do obowiązków wykonawców należy zapoznanie się z treścią SIWZ (i jej załączników) i prawidłowe wypełnienie Formularza oferty. Wykonawca za swoje istotne błędy czy pomyłki nie może przerzucać odpowiedzialności na Zamawiającego. Zamawiający, podobnie jak pozostali wykonawcy biorący udział w przetargu, nie posiada wiedzy, czy wpisanie przez Odwołującego w treści Formularza oferty w punkcie 4 terminu 24 dni zamiast 69 dni było celowe (aby zapewnić sobie wyższą ocenę oferty) czy było wynikiem błędu polegającego na niedoczytaniu treści formularza. Niemniej nie ma to znaczenia, bowiem zmiana treści oferty, po terminie otwarcia ofert, co do istotnych elementów oferty, nie jest w świetle ustawy Pzp. Niedopuszczalne w świetle ustawy są również poprawki, które by do istotnej zmiany oferty prowadziły. W związku ze złożeniem przez Odwołującego się wyjaśnień prowadzących do niedopuszczalnej w świetle ustawy zmiany oferty Wykonawcy, Zamawiający nie mógł zmienić ani poprawić treści oferty Odwołującego, gdyż termin uzyskania certyfikatów World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO był obok ceny brutto oferty, okresu rękojmi za wady i gwarancji oraz terminu wykonania przedmiotu zamówienia za wyjątkiem uzyskania certyfikatów jednym z kryteriów oceny oferty - zgodnie bowiem z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy -

Prawo zamówień publicznych Zamawiający może dokonać jedynie poprawek które nie powodowałyby istotnej zmiany treści oferty. Natomiast termin 24 dni - błędnie zdaniem Odwołującego się - zaoferowany w punkcie 4 Formularza oferty powodował, że oferta Odwołującego się była sprzeczna z treścią SIWZ, gdyż ta wyraźnie przewidywała, że certyfikacja ma nastąpić po wykonaniu robót budowlanych boiska. W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy, gdyż treść oferty Wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ.

Zamawiający stwierdził, iż wbrew temu co sugeruje Odwołujący się odośnie wykładni oświadczeń woli - jego zdaniem złożone przez niego oświadczenie należało tłumaczyć w taki sposób, że w razie wątpliwości należałoby mu nadać treść zgodną z wymogami SIWZ - Zamawiający wskazał, że oświadczenie to jest składane odbiorcom tj. Zamawiającemu i pozostałym oferentom, w związku z czym treść złożonego przez Odwołującego się oświadczenia woli winna być tłumaczona przede wszystkim zgodnie z jego obiektywnym brzmieniem. Trudno bowiem wymagać, aby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym udział bierze wiele podmiotów dopuszczać wykładnię rozszerzającą i przyjmować treść oświadczenia woli odmienną od jego faktycznego brzmienia, naruszałoby to zasadę równości wykonawców i obiektywności postępowania. Treść złożonego przez Odwołującego się w punkcie 4 Formularza oferty oświadczenia jest jednoznaczna.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Odwołujący uzupełniając podał m.in., iż kwestia odrzucenia oferty w przedmiotowym postępowaniu w zakresie terminu realizacji i uzyskanie certyfikatów została zdefiniowana w SIWZ. Zamawiający określił, że termin realizacji robót nie może być dłuższy niż 70 dni, a termin uzyskania certyfikatów nie dłuższy niż 120 dni. Zapisom tym towarzyszy uwaga, że w przypadku zaoferowania dłuższych terminów oferta wykonawcy zostanie odrzucona. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 obliguje Zamawiającego przed odrzuceniem oferty do jej zweryfikowania pod kątem, czy nie zachodzi podstawa do poprawienia omyłki w ofercie, tj. zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. W ofercie Odwołującego pojawiła się taka omyłka. W ofercie niefortunnie zostało ujęte, że podany przez niego termin 24 dni na uzyskanie certyfikatu jest liczony od podpisania umowy, a nie od zakończenia robót. Nie ma w tym drugiego dna ani złej woli, ponieważ nikt nie kwestionuje, że aby wystąpić po uzyskanie certyfikatu należy ukończyć roboty budowlane i dlatego w jego wyjaśnieniach pojawia się termin 69 dni na pozyskanie certyfikatu, który stanowi efekt zsumowania 45 dni na wykonanie robót i 24 dni na uzyskanie certyfikatu. Osoba która wypełniała formularz ofertowy nie zastanowiła się nad tym, że w punkcie 4 należałoby zsumować wielkości podane w punkcie 3 (na wykonanie całości robót) i w punkcie 4 (na pozyskanie certyfikatów),

lecz zasugerowała się tym, że do wzoru miała być podstawiona liczba dni na pozyskanie certyfikatu. Nie ma najmniejszej wątpliwości, co wynika także z SIWZ, że wystąpienie o certyfikację można wystąpić dopiero po wykonaniu robót. Dlatego w ocenie Odwołującego jest to omyłka. Jest prawdą, że termin 24 dni od podpisania umowy jest terminem nierealnym, termin ten należy liczyć od zakończenia robót. Tak też zostało sformułowanie wezwania do złożenia wyjaśnień. W ocenie Odwołującego tę omyłkę można było dostrzec na od razu i Zamawiający mógł ją sam poprawić. Czytając wprost specyfikację, jest jasne, że jeśli terminy mają być liczone od podpisania umowy, to termin na uzyskanie certyfikacji musi być doliczony do terminu na wykonanie całości robót. W ocenie Odwołującego taka omyłka nie jest istotna, ponieważ jeśli do wzoru o którym mowa w rozdziale 18 pkt 5 SIWZ zostanie podstawiona liczba 69 (suma 45+24) to da to wynik wskazujący, iż nadal oferta Odwołującego uzyskuje w tym kryterium najwięcej punktów, ponieważ ma najwięcej punktów w pozostałych kryteriach. Powoduje to, że jest nadal najkorzystniejsza. Nie zmienia się ranking ofert. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie zabrania poprawienia omyłek dotyczących tych części oferty, które stanowią kryterium oceny ofert. Termin realizacji zamówienia jest niewątpliwie elementem treści oferty, w związku z tym podlega pod art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Istotą w przedmiotowym postępowaniu jest to, że w wyniku wyjaśnienia Odwołującego nie pojawiły się żadne nowe treści oferty. Wszystkie niezbędne informacje znajdowały się od samego początku w ofercie. Dawalo to Zamawiającemu podstawę o poprawienia innej omyłki. Dodaje, że w żadnym miejscu nie nastąpiło przedłużenie realizacji umowy, o którym mowa w punkcie 3 oferty. Oczywiście omyłki wynika z tego, że certyfikatów nie otrzymuje się przed wykonaniem robót. Starania o wydanie certyfikatów po wykonaniu robót.

Zamawiający uzupełniając podał m.in., iż według niego nie ma podstaw do tego aby samodzielnie skorygował pkt 4 oferty w sposób sugerowany przez Odwołującego i nie ma podstaw aby wstawienie liczby 24 traktować jako omyłkę. Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające i uznał, że w punkcie 4 oferty znajduje się błąd, który w myśl art. 87 ust. 2 ustawy PZP nie kwalifikuje się do poprawy, ponieważ taka poprawa prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty. Dla Zamawiającego nie zachodzi przypadek oczywistej omyłki. Według Zamawiającego osoba wypełniając formularz dopuściła się rażącego niedbalstwa, bowiem nie zapoznała się z treścią SIWZ oraz samą treścią formularza. W związku z tym popełniła błąd, którego ewentualna poprawa skutkowałaby zmianą oferty w sposób bardzo istotny, ponieważ byłaby to zmiana dotycząca kryterium oceny ofert. Doprowadziłoby to do sytuacji, w której wykonawca miałby doprowadzić do zmiany treści oferty już po otwarciu ofert, tj. kiedy zna inne oferty. Zamawiający podał, że pierwotna treść oferty wskazywała, że wszystkie prace wraz z uzyskaniem certyfikatu zakończą się z upływem 45 dni od zakończenia umowy.

Przystępujący uzupełniając podał m.in. iż w przetargu występują profesjonaliści. Jest to stosunkowo prosty przetarg. Pozostali wykonawcy nie mieli kłopotów z tym, aby złożyć ofertę w sposób prawidłowy, tj. w punkcie 4 oferty podawana liczba stanowi sumę liczby z punktu 3 oraz oferowanego terminu na uzyskanie certyfikatów. Wynika to logicznie z całości SIWZ. W przekonaniu Przystępującego, jeżeli zmiana oferty miałaby prowadzić do tego fragmentu oferty, który dotyczy kryterium oceny ofert, to jest to zmiana istotna. Przystępujący stwierdził, że zmiana z 45 na 69 dni to jest istotna zmiana nie podlega poprawieniu w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną przez Odwołującego oraz ofertami pozostałych wykonawców, korespondencją prowadzoną w toku postępowania, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń Stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdza, iż wpis został wniesiony w ustawowym terminie. Nie wypełniły się przesłanki do odrzucenia odwołania, wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdza, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej, ponieważ została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Odrzucenie oferty Odwołującego, skutkuje natomiast pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji możliwością poniesienia szkody.

Na posiedzeniu przed Izbą, Odwołujący złożył opozycję przeciwko przystąpieniu do postępowania Przystępującego, tj. Panorama Obiekty Sp. z o.o. w Piasecznie, z uwagi na to, iż treść przystąpienia nie pokrywa się z argumentacją Zamawiającego i czynnością Zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba postanowiła oddalić opozycję i dopuścić Przystępującego do udziału w postępowaniu. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego Przystępującego. Przystąpienie nastąpiło w ustawowym terminie i z wykazaniem interesu Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wymiana nawierzchni ze sztucznej trawy na Narodowym Stadionie Rugby przy ul. Kazimierza Górskiego 10 w Gdyni.

W Rozdziale 4 ust. 1 i 2 SIWZ „Termin i miejsce realizacji zamówienia” zostało wskazane, iż „1. *Termin realizacji całości przedmiotu zamówienia, za wyjątkiem uzyskania certyfikatów World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO: nie dłużej niż 70 (siedemdziesiąt) dni od dnia podpisania umowy.* 2. *Termin realizacji przedmiotu zamówienia w postaci uzyskania certyfikatów World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO; nie dłużej niż 120 (sto dwadzieścia dni od dnia podpisania umowy).*”

W Rozdziale 3 ust. 25 SIWZ zostało określone, w jakim momencie Wykonawca ma wykonać certyfikację boiska: „25. *Po wykonaniu certyfikatów Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej związanej z certyfikacją boiska, niezbędnej do przeprowadzenia odbioru końcowego robót, zawierającej między innymi:*

- 1) *certyfikat World Rugby Regulation 22 - wykonany po budowie boiska wraz z przeprowadzonymi badaniami - wraz z tłumaczeniem na język polski,*
- 2) *certyfikat FIFA QUALITY PRO - wykonany PO budowie boiska wraz z przeprowadzonymi badaniami - wraz z tłumaczeniem na język polski.*”

Termin realizacji zamówienia określał Rozdział 4 SIWZ pod tytułem „Termin i miejsce realizacji zamówienia”. W ogłoszeniu o zamówieniu nr 566436-N-2017 z dnia 2017-08-09 r. w punkcie 11.9) „Informacje dodatkowe” zostało wskazane, iż: „1. *Termin realizacji całości przedmiotu zamówienia, za wyjątkiem uzyskania certyfikatów World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO: nie dłużej niż 70 (siedemdziesiąt) dni od dnia podpisania umowy.* 2. *Termin realizacji przedmiotu zamówienia w postaci uzyskania certyfikatów World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO: nie dłużej niż 120 (sto dwadzieścia) dni od dnia podpisania umowy.*”

W Formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w punkcie 3 i 4 zostało wskazane, iż: „3) *zobowiązujemy się wykonać przedmiot zamówienia w zakresie całości przedmiotu zamówienia za wyjątkiem uzyskania certyfikatów World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO w terminie ... dni od dnia podpisania umowy (Uwaga: termin realizacji zamówienia nie może być dłuższy niż 70 dni, termin realizacji zamówienia należy podać w pełnych dniach).* 4) *zobowiązujemy się wykonać przedmiot zamówienia w zakresie uzyskania certyfikatów World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO w terminie ...dni od dnia podpisania umowy (Uwaga: termin uzyskania certyfikatów nie może być dłuższy niż 120 dni, termin uzyskania certyfikatów należy podać w pełnych dniach).*”

Odwołujący się wypełniając Formularz oferty i składając ofertę złożył oświadczenie woli o treści: „3) *zobowiązujemy się wykonać przedmiot zamówienia w zakresie całości przedmiotu zamówienia za wyjątkiem uzyskania certyfikatów World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO w terminie 45 dni od dnia podpisania umowy* 4) *zobowiązujemy się wykonać przedmiot zamówienia w zakresie uzyskania certyfikatów World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO w terminie 24 dni od dnia podpisania umowy*”

Zamawiający, powziął wątpliwości w zakresie 24-dniowego terminu od dnia podpisania umowy, na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie uzyskania certyfikatów World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO.

Według jego wiedzy, bowiem uzyskanie tych certyfikatów jest możliwe dopiero po wykonaniu nawierzchni boiska. Wykonawca wskazał, że zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia w zakresie całości przedmiotu zamówienia za wyjątkiem uzyskania certyfikatów World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO w terminie 45 dni od dnia podpisania umowy. W związku z tym, na podstawie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących terminu uzyskania certyfikatów World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO. W odpowiedzi na wystąpienie Zamawiającego o wyjaśnienie, Odwołujący podał, iż uzyska certyfikat World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO dopiero po wybudowaniu boiska w terminie 24 dni, czyli w terminie 45 + 24 dni = 69 dni od dnia podpisania umowy.

Zamawiający uznał, iż jest to niedopuszczalna zmiana oferty. Oświadczenie Wykonawcy o terminie uzyskania certyfikatów World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO jest obok ceny brutto oferty, okresu rękojmi za wady i gwarancji i terminu wykonania przedmiotu zamówienia, za wyjątkiem uzyskania certyfikatów, jednym z kryteriów oceny oferty. Na tym etapie postępowania niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem art. 87 ust 1a i 2 Ustawy, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W związku z tym Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznając, iż treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jako uzasadnione zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż, zważywszy na treść decyzji Zamawiającego oraz zarzuty odwołania, które, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznaczają granice rozpoznania odwołania przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, rozstrzygnięcia wymaga, czy wadliwie określony w ofercie Odwołującego termin na uzyskanie certyfikatów World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO, w okolicznościach przedmiotowego stanu faktycznego, może być potraktowany jako omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz czy wyjaśnienia złożone przez Odwołującego wskazują na niedopuszczalne negocjacje. Tym samym nie podlega badaniu przez Izbę, w przedmiotowym postępowaniu, zarzut zgłoszony przez Przystępującego, dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji.

W dalszej kolejności, należy zauważyć, iż Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne jest zobowiązany do złożenia oferty zgodnej z SIWZ. Konsekwencją braku takiej zgodności jest odrzucenie oferty, o ile taka niezgodność nie jest wynikiem omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający poprawia inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnej zmiany w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Z treści tego przepisu wynika, iż zmiana oferty przez Zamawiającego powinna być przez niego dokonana, gdy nie spowoduje to istotnej zmiany treści oferty. Izba podziela interpretację tego przepisu zaprezentowaną przez

Sąd Okręgowy w Krakowie: *Zmiana musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Ocenę istotności zmiany, należy odnosić do całości oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty (por. wyrok z dnia 23.04.2009 r. sygn. akt XII Ga 102/09), jak też stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej: Przepis ten przewiduje poprawienie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek [...] Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty z SIWZ jest, aby taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. (por. wyrok 4 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2784/15).*

Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym nie jest dopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty, składane w toku badania i oceny ofert, służą ich wyjaśnieniu, jak też wyeliminowaniu wewnętrznych sprzeczności, tym samym służą ustaleniu jednoznacznej treści oświadczenia woli

wykonawcy. Wyjaśnienia dotyczą tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem (por. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29.01.2010 r., sygn. akt XII GA 429/2009). Zatem zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienia do wykonawcy w szczególności, gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności oferty. Wystąpienie Zamawiającego o wyjaśnienia treści oferty dają mu możliwość należytej oceny oferty, a w konsekwencji możliwość podjęcia właściwych czynności. *Co do zasady wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Dla wyznaczenia granic wyjaśnienia treści oferty pomocne jest ustalenie czy w ofercie znajduje się informacja, pozwalająca na stwierdzenie, że chodzi o wyjaśnienie treści już w niej zawartych, a nie uzupełnianie jej treści* (por. wyroki KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 616/11, z 18 kwietni 2011 sygn. akt 731/11, z 11 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 111/16).

Ze stanowisk uczestników postępowania wynika, że jest dla nich oczywistym, iż certyfikaty World Rugby Regulation 22 oraz FIFA QUALITY PRO uzyskuje się dopiero po zakończeniu robót budowlanych. Zamawiający przedstawił je m.in. w piśmie skierowanym do Odwołującego o wyjaśnienia. Przystępujący zaprezentował takie stanowisko w piśmie, zawierającym przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego, natomiast Odwołujący m.in. w odwołaniu. Stanowisko to zostało podtrzymane na rozprawie. Nie jest zatem kwestią sporną okoliczność, iż nie jest możliwe wystąpienie o uzyskanie ww. certyfikatów przed zakończeniem realizacji przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji nie jest możliwe ich uzyskanie przed wykonaniem tego przedmiotu zamówienia, w tym przypadku nawierzchni.

W tych okolicznościach, skoro termin wykonania robót w ofercie Odwołującego został określony na 45 dni od daty podpisania umowy, to termin 24 dni na uzyskanie ww. certyfikatów, liczony również od podpisania umowy, nie może być uznany za prawidłowo określony. Zamawiający powziął w tym zakresie wątpliwości i zwrócił się o ich wyjaśnienie do Odwołującego. Z udzielonych wyjaśnień wynika, że Odwołujący przewidział 24 dniowy termin na pozyskanie certyfikatów, jednak w formularzu nie dokonał sumowania tego terminu z 4 5 dniowym terminem przewidzianym przez niego wyłącznie na realizację robót.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że treść SIWZ jest jasna. Wynika z niej m.in. jakie mogą być maksymalne terminy realizacji przedmiotu zamówienia, to, że nieokreślenie tych terminów w ofercie lub ich przekroczenie będzie skutkowało odrzuceniem oferty, jak również to, że ww. certyfikaty mogą być pozyskane dopiero po wykonaniu całości robót związanych z wymianą nawierzchni ze sztucznej trawy.

Postanowienia formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do SIWZ wskazują, że wolą Zamawiającego było, aby wykonawcy w ofertach podali w liczbach: termin realizacji całości robót z wyłączeniem pozyskania certyfikatów (pkt 3 oferty) oraz termin na uzyskanie certyfikatów (pkt 4 oferty), przy czym w obydwu przypadkach terminy te, według wprowadzonego w formularzu zapisu, miały być liczone od dnia podpisania umowy.

Liczenie terminu na wykonanie robót od daty zawarcia umowy jest jak najbardziej oczywiste, natomiast liczenie w taki sam sposób terminu na pozyskanie certyfikatów, o które można wystąpić dopiero po zakończeniu robót, już takie nie jest. W pkt 4 formularza ofertowego nie ma uwagi wskazującej, iż z uwagi na to, że o wydanie certyfikatów można wystąpić dopiero po zakończeniu prac, o których mowa w pkt 3, termin ten powinien być określony jako suma liczby odpowiadającej oferowanemu terminowi na pozyskanie certyfikatów i liczby dni na realizację zamówienia, podanej w pkt 3.

Izba zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, iż taki sposób wskazania terminu na uzyskanie certyfikatów można wywieść z treści SIWZ. Okoliczność ta, zdaniem Izby przemawia za tym, iż w przedmiotowym przypadku wystąpiła omyłka po stronie Odwołującego. Skoro bowiem jest bezsporne i wynika z SIWZ, że o uzyskanie certyfikatów można wystąpić dopiero po wykonaniu całości prac, to nie można, w ocenie Izby, przyjąć, iż wykonawca swoją wolą objął ich pozyskanie przed wykonaniem tych prac. Za wiarygodne, w ocenie Izby, należy uznać wyjaśnienia Odwołującego, iż pracownik wypełniający ofertę przez niedopatrzzenie nie odniósł oferowanego terminu na pozyskanie certyfikatów do daty zawarcia umowy, lecz do daty od zakończenia robót i wstawił taką liczbę, jaka była oferowana przez Odwołującego, jako termin na ich pozyskanie, tj. 24 dni. Z tych względów, w ocenie Izby wstawienie przez Odwołującego w pkt 4 oferty liczby mniejszej niż w pkt 3, tj. terminu na pozyskanie certyfikatów, który miałby upłynąć przed zakończeniem robót, należy uznać za omyłkę.

W ocenie Izby jest to omyłka, której poprawienie jest możliwe po analizie treści oferty, bowiem niezbędne informacje się w niej znajdują. Oferta zawiera zarówno 45 dniowy termin na realizację robót, jak też 24 dniowy termin na pozyskanie certyfikatów. Wyjaśnienia Odwołującego złożone na wystąpienie Zamawiającego nie wprowadzają w tym zakresie nic dodatkowego, a zatem, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie występuje przypadek negocjacji dotyczących

złożonej oferty, lecz jej wyjaśnienie.

Powyższe wskazuje, iż wstawienie w pkt 4 oferty liczby 24 zamiast 69, stanowiącej sumę liczb 45 i 24 (odpowiadającym terminom odpowiednio: na realizację zamówienia i na pozyskanie certyfikatów) stanowi omyłkę, która, zważywszy na treść SIWZ, przedmiot zamówienia i powinność uwzględnienia wszystkich zobowiązań objętych tym przedmiotem oraz ranking ofert, podlega w ocenie Izby, poprawie przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. To, że przedmiotowa omyłka dotyczy terminu, będącego jednym z kryteriów oceny ofert, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie zmienia tej oceny. Jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w ofercie. Nadto nie spowoduje zmiany w rankingu ofert. Nie spowoduje też, wydłużenia terminu na realizację przedmiotu zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego przedstawionego na rozprawie, iż termin 45 dni podany w pkt 3 oferty obejmował całość robót oraz pozyskanie certyfikatów i że to ten termin miałby być zmieniany. Wskazuje na to treść tego punktu, gdzie znajduje się wyłączenie dotyczące certyfikatów. W przedmiotowej sprawie, nie chodzi zatem o zmianę 45 terminu na realizację robót i zastąpienie go terminem 69 dniowym, lecz o to, aby podany przez Odwołującego 24 dniowy termin na pozyskanie certyfikatów został zachowany i literalnie odzwierciedlony w ofercie.

W związku z powyższym w ramach powtórzonej czynności oceny ofert Zamawiający powinien dokonać poprawy przedmiotowej omyłki i w pkt 4 oferty Odwołującego, w miejsce liczby: „24”, powinien wstawić liczbę: „69”.

Skoro Zamawiający w formularzu ofertowym oczekiwał podania terminu na pozyskanie certyfikatów, liczonego od daty zawarcia umowy, a nie, jak to wynika z SIWZ, od daty zakończenia robót i wskazał sytuację, w jakich nastąpi odrzucenie oferty, a poprawiony termin określony na 69 dni, licząc od daty zawarcia umowy, nie przekracza granicznego terminu 120 dni, stanowiącego zgodnie z SIWZ, podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy, to nie ma podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowany przez Odwołującego termin pozyskania certyfikatów.

Tym samym odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w ocenie Izby, nastąpiło z naruszeniem tego przepisu.

Powyższe wskazuje, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, które miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W sprawie nie zostało podnoszone ani wykazane aby została dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Z tych względów żądanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty należy uznać za nieuzasadnione.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów zastępstwa prawnego Odwołującego, na podstawie rachunku, złożonego przed zamknięciem rozprawy w wysokości określonej w § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Przewodniczący:.....