

WYROK

z dnia 18 listopada 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 listopada 2014 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06 listopada 2014 roku przez wykonawcę **K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SANDROG K. B. z siedzibą w Przemyślu** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, który reprezentuje Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad**, w imieniu którego działa **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SANDROG K. B. z siedzibą w Przemyślu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SANDROG K. B. z siedzibą w Przemyślu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego **K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SANDROG K. B. z siedzibą w Przemyślu** na rzecz Zamawiającego **Skarb Państwa, który reprezentuje Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia za pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 6 listopada 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, działając na podstawie art. 180 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013.907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” odwołanie złożył wykonawca K. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SANDROG K. B. z siedzibą w Przemyśle, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług sprzętowych przy zimowym oraz bieżącym utrzymaniu dróg krajowych administrowanych przez Oddział w Rzeszowie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad” prowadzi Zamawiający: Skarb Państwa, który reprezentuje Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało pod nr 2014/S 151-271749.

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego polegających na:

- wyborze w Zadaniu 14 - Rejon w Jarosławiu z/s Żurawicy - Obwód Drogowy w Żurawicy jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy: Zakład Usługowo Transportowy J. D. z siedzibą w Żurawicy;
- zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy, z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), ponieważ nie zawierała ona w przedłożonym formularzu ofertowym ceny usługi jednostkowej za wszystkie elementy w nim określone dla zadania 14, tj. ceny netto i brutto „za 1 godzinę dyżuru sprzętu w Obwodzie Drogowym”,
- przeprowadzeniu przez Zamawiającego niedozwolonych negocjacji z Wykonawcą, a dotyczących treści złożonej przez niego oferty, polegających na dokonaniu ustaleń pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą, mających na celu przesądzić, na które z zadań wpisana została przez Wykonawcę cena figurująca w ofercie, tj. dla zadania 14 czy 15 oraz uznania, że cena za 1 godz. pracy ładowarki jest tożsama z ceną za 1 godz. dyżuru sprzętu na Obwodzie Drogowym, co doprowadziło do niezgodnej z przepisami ustawy Pzp zmiany treści oferty Wykonawcy.

- dokonaniu przez Zamawiającego istotnych zmian w treści oferty Wykonawcy, poprzez uzupełnienie brakującej pozycji w formularzu oferty dla zadania 14, tj. ceny netto i brutto „za 1 godzinę dyżuru sprzętu w Obwodzie Drogowym”.

W związku z powyższym zarzucono Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust 1 ustawy Pzp art. 7 ust 3 ustawy Pzp, art. 87 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust 2 ustawy Pzp poprzez dokonywanie istotnych zmian treści oferty Wykonawcy oraz prowadzenie z Wykonawcą niedozwolonych ustawą Pzp negocjacji w zakresie brzmienia treści jego oferty, celem konwalidowania nieprawidłowości w niej zawartych oraz uznanie za wystarczające do wprowadzenia tych zmian jedynie wyjaśnień Wykonawcy, art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na nieodrzucone przez Zamawiającego oferty Wykonawcy ze względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty sprzecznej z kryteriami zawartymi przez Zamawiającego w SIWZ.

Mając na uwadze zarzuty wnoszono o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej w zadaniu 14 - Rejon w Jarosławiu z/s Żurawicy - Obwód Drogowy w Żurawicy - oferty Wykonawcy Zakład Usługowo Transportowy J. D. Żurawica,
- powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny złożonych ofert,
- odrzucenie w zadaniu 14 - Rejon w Jarosławiu z/s Żurawicy - Obwód Drogowy w Żurawicy - oferty Wykonawcy Zakład Usługowo Transportowy J. D. Żurawica,
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego się.

W dniu 27 października 2014 roku Odwołujący otrzymał od Zamawiającego, drogą elektroniczną - zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z zawiadomienia tego wynika, iż w zakresie zadania nr 14 (Rejon w Jarosławiu z/s w Żurawicy - Obwód Drogowy w Żurawicy) za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez Wykonawcę. Oferta Odwołującego znajduje się na drugiej pozycji rankingu Zamawiającego i w związku z tym posiada on interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej, zgodnie z art. 179 ust 1 ustawy Pzp, albowiem wskutek zaniechań i czynności Zamawiającego oferta Wykonawcy Zakład Usługowo Transportowy J. D. Żurawica nie została odrzucona, co skutkować winno wyborem jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego się .

Zamawiający w rozdziale 14 SIWZ „Kryteria wyboru i sposób oceny ofert oraz udzielenie zamówienia” postępowania wskazał, iż „...przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty stosować będzie wyłącznie kryterium ceny”. W tym samym rozdziale wskazany został także algorytm służący do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a także „opis kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej”. Zamawiający wskazał opisując kryteria wyboru

oferty najkorzystniejszej, że „pod pojęciem ceny oferty dla pracy pługosolarki rozumie się sumę następujących elementów :

- a) 20% oferowanej ceny za godzinę pracy nośnika z rozsypywarką,
- b) 20% oferowanej ceny za godzinę pracy nośnika z rozsypywarką i pługiem,
- c) 20% oferowanej ceny za godzinę pracy nośnika z pługiem
- d) 20% ceny za godz. dyżuru,
- e) 20% ceny za godz. pracy samego nośnika zud

Cena = $0,2a+0,2b+0,2c+0,2d+0,2e$. Zamawiający wskazał ponadto w Rozdziale 10 SIWZ „Opis sposobu obliczania ceny oferty”, że „10.1. Wykonawca określi ceny jednostkowe na wszelkie elementy wymienione w formularzu oferty (Tom I, Rozdział 2)“.

Wykonawca Zakład Usługowo Transportowy J. D. Żurawica w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę, w której dla zadania 14 zaoferował cenę :

- 1) Dla 1 godziny pracy samego nośnika przy ZUD - netto 44 złote, brutto 47,52;
- 2) Dla 1 godziny pracy samego nośnika przy BUD - netto 60 złotych, brutto 73,80 złotych,
- 3) Dla 1 godziny pracy nośnika z rozsypywarką i pługiem - netto 145 złotych, 156,60 brutto,
- 4) Dla 1 godziny pracy nośnika z rozsypywarką - netto 80,00 złotych, brutto 86,40 złotych,
- 5) Dla 1 godz. Dyżuru sprzętu jw. w Obwodzie Drogowym - (brak ceny netto i brutto).

Jednocześnie Wykonawca zaoferował w rubryce dla zadania 15 cenę za 1 godz. pracy ładowarki w wysokości netto 40 złotych i brutto 43,20 złotych.

Jak więc nietrudno dostrzec zdaniem Odwołującego zaoferowana przez niego cena dotyczy tylko i wyłącznie innego zadania - nr 15 - obejmującego swym zasięgiem inny zakres działania, ale także odnoszącą się do zupełnie innego elementu oferty - pracy ładowarki, której nie można mylić i utożsamiać z dyżurem sprzętu na Obwodzie Drogowym.

W treści swej oferty Wykonawca nie przedstawił więc w zakresie zadania 14 ceny dla „1 godz. dyżuru sprzętu jw. w Obwodzie Drogowym”, uniemożliwiając tym samym Zamawiającemu kalkulację ceny dla całego zadania 14, według reguł przedstawionych w rozdziale 14 SIWZ. Taki sposób sformułowania oferty Wykonawcy prowadzi również do naruszenia wymogów wskazanych w rozdziale 10 SIWZ pkt 10.1, który nakazuje Wykonawcom określenie w Formularzu ofertowym (Tom I, Rozdział 2) cen jednostkowych na wszelkie elementy w nim wymienione (w zakresie zadania na które składana jest oferta). Tym samym treść oferty Wykonawcy jest sprzeczna z postanowieniami SIWZ, ponieważ uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie czynności fundamentalnej, czyli dokonania jej oceny zgodnie z wymaganiami SIWZ, przez co winna być ona odrzucona. Fakt braku ceny

dla opisywanej pozycji zadania 14 jest jak się wydaje bezsporny nie tylko z uwagi na fakt, iż Wykonawca fizycznie jej tam nie umieścił, ale także dlatego, że sam Zamawiający w swym piśmie z dnia 22 października 2014 roku, skierowanym do Wykonawcy stwierdził w sposób niebudzący wątpliwości „Wykonawca w formularzu ofertowym dla zadania 14 w poz. 1 godz. Dyżuru sprzętu jw. w Obwodzie Drogowym nie wpisał ceny”. Dlatego też tryb, w którym Zamawiający podjął próbę konwalidowania nieprawidłowości zawartych w treści oferty narusza nie tylko przepisy art. 7 ust 1 ustawy Pzp ale przede wszystkim art. 87 ust 1 ustawy Pzp i art. 87 ust 2 ustawy Pzp.

W zakresie niezgodności treści oferty ze SIWZ wielokrotnie wypowiedała się Krajowa Izba Odwoławcza m.in. : wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r., sygn. 2849/13; wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 734/14). Ponadto Izba definiowała w wyroku z dnia 12 kwietnia 2011 r. sygn. KIO 676/11 czym jest „treść siwz” i „treść oferty”.

Nie budzi w ocenie Odwołującego wątpliwości, że brak wymaganej postanowieniami SIWZ ceny jednej z usług składowych jest właśnie taką niezgodnością z treścią Specyfikacji, o której mowa w art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jest to bowiem niezgodność zasadnicza, dotycząca najistotniejszego składnika oświadczenia woli Wykonawcy, czyli ceny, bezpośrednio odnoszącej się do kryterium oceny, które miało zadecydować o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Trzeba jednocześnie podkreślić, iż uchybienie to charakteryzuje się nieusuwalnością. Należy zwrócić uwagę, że wpisuje się ona również w stworzoną przez KIO definicję takiej niezgodności, albowiem „polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie”.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. W omawianym stanie faktycznym oświadczenie woli wykonawcy jest sprzeczne z oczekiwaniami Zamawiającego, który dla każdego zadania żądał podania cen jednostkowych na wszelkie elementy w nim wymienione. Tymczasem Wykonawca w zakresie pozycji w zadaniu 14 „za 1 godzinę dyżuru sprzętu jw. W Obwodzie Drogowym” ceny w ogóle nie zaoferował, a wskazał cenę za zupełnie inną usługę, tj. „cenę za 1 godz. pracy ładowarki”, która nie jest tożsama choćby swym zakresem. Niewątpliwie niezgodność ta nie ma charakteru formalnego, redakcyjnego, a jest niezgodnością merytoryczną, odnoszącą się do treści oświadczenia woli Wykonawcy. Nie sposób uznać jej za błąd pisarski czy też inny w ujęciu art. 87 ust 2 ustawy Pzp.

Wskutek tych okoliczności Wykonawcy Zakład Usługowo Transportowy J. D. winna być odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na brzmienie przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Kolejne naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp dotyczy treści art. 87 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust 2 ustawy Pzp. Polega ono na dokonaniu przez niego istotnych zmian w treści oferty Wykonawcy oraz przeprowadzeniu z Wykonawcą niedozwolonych ustawą Pzp negocjacji w zakresie treści jego oferty, a to celem konwalidowania nieprawidłowości w niej zawartych. Ponadto niedopuszczalnym jest w ocenie Odwołującego uznanie nieprawidłowości występujących w treści oferty jedynie za błąd pisarski - co uczynił Zamawiający - i w konsekwencji jego poprawienie (dokonanie zmian w treści oferty) jedynie poprzez złożenie wyjaśnień przez Wykonawcę w odpowiedzi na pismo wystosowane do niego w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp.

Stosownie do stanowiska doktryny procedura wyjaśniania treści oferty w ujęciu art. 87 ust 1 ustawy Pzp „nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty”. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert. Wskazywany już w komentarzu funkcjonalny sposób rozumienia przez prawo zamówień publicznych pojęcia oferty każe przyjąć, że wyjaśnienia, o których mowa, mogą dotyczyć nie tylko oświadczenia woli wykonawcy, ale również załączników, które powinny być traktowane jako integralna część oferty. Podobnie jak w stosunku do samego oświadczenia woli, wyjaśnienia nie mogą jednak zmieniać treści dokumentu (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. - Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., WKP 2012). Jednocześnie poprawianie omyłek i błędów w treści oferty może nastąpić jedynie w zakresie określonym w art. 87 ust 2 ustawy Pzp, przy czym nie może być ono efektem ustaleń i negocjacji pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą.

Jak się wydaje Odwołującemu poza sporem pozostaje, iż brak wpisanej ceny w zadaniu 14 pozycja - „za 1 godzinę dyżuru sprzętu jw. W Obwodzie Drogowym” nie może być uznane jako omyłka rachunkowa i dlatego też w tym trybie Zamawiający niewątpliwie nie próbował jej poprawić. Zamawiający, z uwagi na charakter niezgodności treści oferty Wykonawcy z SIWZ nie mógł też uznać tego braku jako oczywistej omyłki pisarskiej czy też innej, a polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w jej treści.

Stosownie do szeroko ukształtowanego orzecznictwa „Jeżeli więc dana omyłka będzie wymagała złożonych wyjaśnień lub nie będzie dostrzegalna na pierwszy rzut oka, nie będzie miała cech oczywistości i nie będzie mogła być poprawiona. Poprawieniu oczywistej

omyłki musi towarzyszyć poprawienie jej skutków w całej ofercie (formularzu ofertowym), co skutkuje koniecznością przedłożenia całej oferty i poprawienia wszystkich zmian spowodowanych omyłkowym obliczeniem" (Sygn. akt: XII Ga 13/09, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 4 lutego 2009 r.); „Za oczywistą omyłkę pisarską w świetle art. 87 p.z.p. uznać należy uchybienia o charakterze oczywistym, których poprawienie z jednej strony nie może prowadzić do zmiany oferty, z drugiej zaś muszą one być widoczne na pierwszy rzut oka bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń. Brak definicji ustawowej oczywistej omyłki pisarskiej powoduje potrzebę odwołania się do potocznego zwykłego rozumienia tego pojęcia. Oczywistą omyłką pisarską będzie więc niewłaściwe użycie wyrazu, mylna jego pisownia, błąd gramatyczny itp." (Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 3 października 2006 r. sygn. UZP/ZO/0-2555/06); (...) niezwykle istotne dla poprawnego odniesienia się do opisywanego stanu faktycznego jest również to, że w żadnym razie za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli. Oczywistość omyłki pisarskiej polega ponadto nie tylko na łatwości w jej dostrzeżeniu, ale również na braku wątpliwości, jak powinna być poprawiona (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. - Dzierżanowski W., Jerzykowski 1, Stachowiak M., WKP 2012).

Tymczasem z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku. Analizując sytuację leżącą u podłoża wniesionego odwołania stwierdzić trzeba, że Zamawiający nie mógł bez wątpliwości, bez składania wyjaśnień przez Wykonawcę ustalić jaka była jego faktyczna intencja i prawidłowe brzmienie oświadczenia woli przezeń złożonego w ofercie. Przekreśla to tym samym „oczywistość omyłki", a w konsekwencji uniemożliwia zakwalifikowanie ich jako „oczywistej omyłki pisarskiej". Potwierdzają to czynności faktyczne Zamawiającego, który w piśmie z dnia 22 października 2014 roku skierowanym do Wykonawcy stwierdził : „Wykonawca w formularzu ofertowym dla zadania 14 w poz. 1 godz. Dyżuru sprzętu jw. w Obwodzie Drogowym nie wpisał ceny. Natomiast dla zadania 15 w poz. Cena 1 godz. pracy ładowarki wpisano cenę netto 40,00 złotych, cenę brutto (8% VAT) 43,20 złotych. W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie powyższych rozbieżności".

Z powyższego fragmentu w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że występujące nieprawidłowości w złożonym przez Wykonawcę Zakład Usługowo Transportowy J. D. Żurawica oświadczeniu woli nie tylko nie były „oczywiste", gdyż wymagały złożenia wyjaśnień, ale również Zamawiający nie był w stanie samodzielnie ustalić intencji Wykonawcy. Ponadto nie były omyłkami, gdyż Zamawiający wyraźnie wskazuje, iż są to „rozbieżności" oświadczenia woli oraz podkreśla, co już podnoszono, iż Wykonawca nie przedstawił wymaganej ceny dla zadania 14 w pozycji „cena 1 godz. Dyżuru sprzętu jw.

w Obwodzie Drogowym", przedstawiając ją natomiast dla zupełnie innego zadania i zupełnie innej czynności tj. „cenę za 1 godz. pracy ładowarki”.

Reasumując, w oparciu o przytoczone powyżej fakty, ale i ukształtowane przez praktykę orzecznictwo i stanowisko doktryny nie sposób uznać nieprawidłowości oświadczenia woli Wykonawcy jako oczywistej omyłki pisarskiej z uwagi na niemożność przyznania jej przymiotu „oczywistości”, charakter niezgodności i jego istotność dla złożonego oświadczenia woli.

Zamawiający nie mógł również dokonać poprawy tej nieprawidłowości w treści oferty i jej niezgodności z wymogami SIWZ w oparciu o treść art. 87 ust 2 pkt 3 tj. jako tzw. „innej omyłki” polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, a niepowodująca jednak istotnych zmian w jej treści. Wątpliwości Odwołującego się budzi również sposób w jaki procedował Zamawiający zmieniając treść oferty.

Na wstępie należy powtórzyć za Izbą, iż „Zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 p.z.p. zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 p.z.p., które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego” (Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2014 r. sygn. KIO 693/14; KIO 694/14).

Co istotne również „Ewentualne dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który swojej woli nie wyraził w ofercie w sposób jednoznaczny, a zgodność jego oferty z treścią SIWZ może być ustalona dopiero na podstawie złożonych wyjaśnień, które zmieniają w istotny sposób treść oświadczenia woli zawartego w ofercie, nie tylko narusza art. 87 ust. 1 p.z.p., ale stanowi również złamanie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., winny mieć taki charakter by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności”(Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r. sygn. KIO/UZP11/09).

Dla Odwołującego pozostaje poza wszelką wątpliwością, iż ingerencja Zamawiającego w treść oferty Zakład Usługowo Transportowy J. D. sporządzonej w sposób sprzeczny z postanowieniami SIWZ, uniemożliwiającej wyliczenie ceny za usługę, poprzez wyjaśnianie przez Wykonawcę - jak nazwał to Zamawiający - „rozbieżności” jest nie

tylko przeprowadzeniem zabronionych negocjacji w zakresie treści oferty, ale także dokonaniem niedozwolonych ustawą Pzp istotnych zmian w treści oferty, które doprowadziły w rezultacie do diametralnej zmiany treści oświadczenia woli Wykonawcy. Cena z oferty każdego z Wykonawców biorących udział w postępowaniu była podstawowym kryterium decydującym o tym czy dana oferta będzie najkorzystniejszą ze złożonych. Cena każdego z poszczególnych elementów składała się na cenę sumaryczną oferty za każde z zadań i brak takiego elementu uniemożliwiał wyliczenie ceny ogólnej. Wreszcie cena zadeklarowana przez Wykonawcę w zadaniu 15, dotyczyła pracy ładowarki, podczas gdy cena z zadania 14, której nie wpisał Wykonawca odnosiła się do dyżuru sprzętu na Obwodzie Drogowym, a więc również co do zakresu nie była tożsama.

Dlatego też w ocenie Odwołującego się niedopuszczalne było działanie Zamawiającego, który poprzez zastosowanie procedury wyjaśnienia treści oferty opisanej w art. 87 ust 1 pzp usiłuje doprowadzić do poprawienia błędów w ofercie Wykonawcy. Stanowisko Odwołującego poparte jest w orzecznictwie, które przesądza, że niedopuszczalna pod względem prawnym zmiana treści oferty może wystąpić wyłącznie w sytuacji, gdy do zawartości dotychczasowej oferty dodaje się zupełnie nową treść nie występującą wcześniej (wyrok KIO z 30 sierpnia 2011 r., sygn. KIO 1821/11). Wreszcie - co potwierdza również stanowisko Odwołującego się - omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, powinny mieć taki charakter, aby ich poprawienia zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. - Bazan A., Nowicki J.E, LEX, 2014).

Z ostrożności procesowej jednak, nawet gdyby uznać, iż takowa zmiana może być przez Zamawiającego dokonana w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp (z czym Odwołujący nie zgadza się), to sposób tej zmiany wprowadzony przez Zamawiającego jest sprzeczny z ustawą. Otóż celem dokonania zmian w przytaczanym trybie Zamawiający winien zwrócić się do Wykonawcy, już po uzyskaniu od niego wyjaśnień z dnia 23 października 2014 r. o zgodę na ich wprowadzenie w jego ofercie. Brak bowiem zgody Wykonawcy wyrażonej w określonym przez Zamawiającego terminie, skutkuje sankcją w postaci odrzucenia oferty, o czym wprost mówi art. 89 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp. O konieczności uzyskania zgody Wykonawcy w opisywanej sytuacji wielokrotnie wypowiedział się Izba : wyrok KIO z dnia 22 października 2013 r. sygn. KIO 2383/13. W przedmiotowej kwestii zabrał również głos w swym komentarzu do art. 89 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp J. E. Nowicki, według którego: <<W uchwale z dnia 2 kwietnia 2012 r., KIO/KU 35/12, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do zagadnienia wyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, zwróciła uwagę, że: "Komentarze do ustawy prawo zamówień publicznych zawierają różną interpretację ww. kwestii. I tak w komentarzu do art. 89 ustawy, pod redakcją

Włodzimierza Dzierżanowskiego z 2010 roku prezentowane jest stanowisko, że "Oferta podlega odrzuceniu, gdy wykonawca, który złożył ofertę zawierającą omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, nie zgodził się na jej poprawienie. Zgoda składającego to oświadczenie na taką poprawę jest więc niezbędna. Za równoznaczne z brakiem zgody na dokonanie poprawek musi być traktowane uchybienie 3-dniowemu terminowi przewidzianemu na wyrażenie zgody na poprawki. (...). Milczenie wykonawcy co do tej kwestii będzie traktowane jako brak zgody na poprawienie omyłek. Nie stanowi ono bowiem dorozumianego oświadczenia woli. (...) Z tych względów zgoda na poprawienie omyłek rachunkowych, ta która rodzi doniosłe skutki, nie może być domniemana i wywodzona z milczenia i braku sprzeciwu wobec poprawek (...). Zgodnie z art. 9 (ustawy p.z.p.) obowiązuje zasada pisemności postępowania, od której wyjątki na rzecz innej formy składania oświadczeń przewiduje jedynie art. 27. Oświadczenie woli wykonawcy, iż nie zgadza się on na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, powinno więc zostać złożone w formie pisemnej lub formie właściwej ze względu na zastosowanie przepisów wspomnianych artykułów. Milczenie nie jest zachowaniem żadnej z dozwolonych form". Podobny pogląd jest zaprezentowany w komentarzu do ustawy pod redakcją Arkadiusza Szyszkowskiego, wyd. z 2009 roku str. 169 gdzie stwierdza się, że tylko "w przypadku omyłek (oczywistej pisarskiej i rachunkowej) zamawiający nie ma obowiązku uzyskania zgody wykonawcy Zdaniem Izby zwrot "uzyskaniem zgody" nie może być milczenie w tej kwestii wykonawcy, lecz może tylko wynikać ze złożenia stosownego oświadczenia woli. Również w komentarzu pod redakcją Pawła Graneckiego wydanie 2 z 2009 roku prezentowane jest stanowisko, że "Zgoda wykonawcy powinna być wyraźna, a nie jedynie dorozumiana, w związku z czym, jeżeli w ww. terminie nie zostanie wyrażona, zamawiający obowiązkowo odrzuca ofertę" (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. - Bazan A., Nowicki J.E, LEX, 2014).>>

Tym samym nawet przy założeniu, iż nieprawidłowości czy też braki w ofercie Wykonawcy stanowią „inne omyłki” w ujęciu art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, które Zamawiający mógł zmienić, to sekwencja dokonanych przez Zamawiającego czynności jest nieprawidłowa. Albowiem po wyjaśnieniach przeprowadzonych w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp winien on wystosować do Wykonawcy pismo, w którym w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp wystąpiłby o uzyskanie zgody na takie zmiany. Nie można bowiem wykluczyć, iż brak odpowiedzi, odpowiedź przecząca lub przekroczenie terminu doprowadziłoby do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Wreszcie na koniec Odwołujący podkreślił raz jeszcze, iż charakter relacji pomiędzy Wykonawcą, a Zamawiającym ma charakter niedozwolonych ustawą ustaleń i negocjacji. Skoro bowiem Zamawiający w sposób jednoznaczny stwierdza w swym piśmie z dnia 22 października 2014 r., wystosowanym do Zakładu Usługowo Transportowego J. D., iż ten dla

jednej z pozycji występującej w zadaniu 14 nie wskazał w ogóle ceny, podając ją dla innej pozycji, dotyczącej co istotne, zupełnie innych prac w zadaniu 15, to nie jest możliwe następnie bez niedozwolonych ustaleń pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą jednoznaczne uznanie ceny określonej dla zadania 15, jako wiążącej w zadaniu 14. Takie postępowanie nosi w ocenie Odwołującego znamiona niedozwolonych negocjacji zwłaszcza, że celem tej czynności jest wybór w postępowaniu oferty złożonej ewidentnie w sprzeczności z postanowieniami SIWZ wyrażonymi w Rozdziałach 10 i 14. Stanowisko to potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Prezentowane stanowisko potwierdza także doktryna, która w sposób kategoryczny przesadza, iż przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień zmieniających treść złożonej oferty nie może być uznane za wyjaśnienie treści oferty, tylko za negocjacje jej treści, zakazane w art. 87 ust. 1 zdanie drugie. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. - Bazan A., Nowicki J.E, LEX, 2014). W konsekwencji oczywistym staje się, że nie jest dopuszczalne w trybie poprawiania „innych omyłek” czy też składania wyjaśnień uzupełnienie treści oferty informacją, której sam Wykonawca nie podał w żadnym innym dokumencie dołączonym do oferty, a zawarł ją jedynie w wyjaśnieniach treści oferty na podstawie wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Taka sytuacja występuje właśnie w omawianym stanie faktycznym, gdyż Wykonawca w żadnym dokumencie załączonym do oferty nie wskazał ceny dla zadania 14 w poz. „1 godz. Dyżuru sprzętu jw. w Obwodzie Drogowym”, a okoliczność ta, tj. cena została dopiero ustalona (wskazana) na skutek wymiany pism pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą, co w sposób istotny zmieniło treść oświadczenia woli, wprowadzając nieistniejącą dotychczas wartość.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył również normę art. 91 ust 1 ustawy Pzp, wedle której wybierać on winien ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych przez samego siebie w SIWZ. Z treści rozdziałów 10 i 14 SIWZ wynika, iż przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający stosować miał wyłącznie kryterium ceny obliczonej na podstawie cen jednostkowych za poszczególne elementy składające się na usługę i algorytmu wskazanego w rozdziale 14 SIWZ. Brak jednej z cen „składowych” składających się na zadanie uniemożliwił tym samym wyliczenie ceny oferty Wykonawcy. W konsekwencji niemożliwy był też i wybór tego Wykonawcy w oparciu o kryteria wskazane w SIWZ. W związku z powyższym oraz argumentacją wskazaną powyżej Zamawiający nie mógł bez wyraźnie wskazanej w ofercie ceny za 1 godz. dyżuru sprzętu w Obwodzie Drogowym w oparciu o kryteria z SIWZ wybrać zgodnie z ustawą oferty Wykonawcy Zakładu Usługowo Transportowego J. D. .

W związku z powyższym w ocenie Odwołującego odwołanie jest w pełni zasadne, a oferta Wykonawcy Zakład Usługowo Transportowy J. D. winna zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba ustaliła, że Wykonawca J. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo Transportowy J. D. z siedzibą w Żurawicy, który w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę, dla zadania 14 zaoferował następujące ceny :

- 1) Dla 1 godziny pracy samego nośnika przy ZUD - netto 44 złote, brutto 47,52;
- 2) Dla 1 godziny pracy samego nośnika przy BUD - netto 60 złotych, brutto 73,80 złotych,
- 3) Dla 1 godziny pracy nośnika z rozsypywarką i pługiem - netto 145 złotych, 156,60 brutto,
- 4) Dla 1 godziny pracy nośnika z rozsypywarką - netto 80,00 złotych, brutto 86,40 złotych,
- 5) Dla 1 godz. Dyżuru sprzętu jw. w Obwodzie Drogowym - (brak ceny netto i brutto).

Jednocześnie Wykonawca zaoferował w rubryce dla zadania 15 cenę za 1 godz. pracy ładowarki w wysokości netto 40 złotych i brutto 43,20 złotych.

Ze sposobu przygotowania oferty wynika, że Wykonawca startował jedynie w zadaniu 14, rubryki w pozostałych zadaniach są niewypełnione a same nazwy zadań skreślone.

W dniu 22 października 2014 roku Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, wskazując że z treści oferty wynika, iż Wykonawca złożył ofertę jedynie na zadanie 14. Wykonawca w formularzu oferty dla zadania 14 w poz. cena za 1 godz. dyżuru sprzętu jw. w obwodzie drogowym nie wpisał ceny. Natomiast dla zadania 15 w poz. cena 1 godz. pracy ładowarki wpisano cenę: netto 40,00 zł, cena brutto (8% VAT) 43,20 zł. W związku z powyższym Zamawiający prosił o wyjaśnienie rozbieżności.

Wykonawca w dniu 23 października 2014 roku złożył wymagane wyjaśnienia i wskazał, że prosi o przyjęcie wyjaśnień dotyczących nieprecyzyjnego zapisu w ofercie w zadaniu 14, na które tylko i wyłącznie złożył ofertę. W wyniku oczywistej pomyłki wpisał kwotę 40 pln netto w skreślonym zadaniu 15, w którym nie brał udziału.

Zamawiający wyjaśnienia przyjął i uznał ofertę Wykonawcy za najkorzystniejszą.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, uznano iż odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Zgodnie z powszechnie przyjętym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawienia bez odwoływania się do innych dokumentów. Zdaniem Izby, w zakresie tego pojęcia mieszczą się zatem tylko takiego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej dogłębnej analizy. Oznacza to, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy. Oczywista omyłka pisarska jest wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Warto w tym miejscu wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 21 maja 2008 r. (XII Ga 151/08), w którym stwierdzono, iż błąd pisarski to „widoczne, wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widocznie niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów ()”. Natomiast omyłki pisarskie są to omyłki stojące na równi z błędami pisarskimi lub rachunkowymi, a zatem tylko omyłki polegające na tym, że wyrażono coś, co jest niezgodne z myślą niedwuznacznie

wyrażoną przez podmiot, a zostało wypowiedziane tylko przez przeoczenie, niewłaściwy dobór słów.

Taki przypadek w ocenie składu orzekającego Izby ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Bez szczególnego zagłębiania się w treść oferty i złożonych dokumentów, Wykonawca w sposób niezamierzony popełnił przy wypełnianiu formularza ofertowego błąd redakcyjny wpisując cenę dla 1 godz. dyżuru sprzętu jw. w Obwodzie Drogowym w zadaniu 14 w rubrykę „cena za 1 godz. pracy ładowarki” w zadaniu 15.

Odwołujący nie przedstawił wiarygodnej argumentacji, czy też namiastki dowodów, które wskazywałyby na celowe, zamierzone działanie wybranego Wykonawcy, które miało lub mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Dodatkowo, w tej sprawie wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia. W działaniu Wykonawcy Izba nie dopatrzyła się cech celowości, umyślnego wprowadzania w błąd. Ustawa Pzp przewiduje możliwość poprawienia w ofercie różnego rodzaju niedoskonałości, również tych które w sposób znaczący mogą wpływać na treść całej oferty. Należy przy tym podkreślić, iż uznanie powyższej omyłki za oczywistą nie prowadzi do zmiany rzeczywistej treści i sensu oświadczenia Wykonawcy wyrażonego w ofercie. Z tych powodów właśnie uznano działania Zamawiającego za prawidłowe.

W ocenie Izby złożone na wezwanie wyjaśnienia Wykonawcy są przekonujące, jednoznacznie wskazują jaka była rzeczywista wola wykonawcy składającego ofertę. Wykonawca w wyjaśnieniach jasno zaznaczył, że złożył ofertę tylko w zadaniu 14. Na powyższe bezsprzecznie wskazuje także zbadana przez Izbę pozostała treść złożonej oferty. Wykonawca konsekwentnie w ofercie wypełniał wszystkie miejsca, które odnoszą się jedynie do zadania nr 14, tak postąpił w przypadku wskazywania doświadczenia, potencjału osobowego, potencjału technicznego, wpłaconego wadium, czy też wymaganych oświadczeń. Zdaniem składu orzekającego Izby wpisanie omyłkowo jednej z cen jednostkowych w rubrykę zadania 15 spowodowane było budową samego formularza, gdzie poszczególne rubryki rozmieszczono w sposób dość ścisły i zwarty. Wykonawca wypełniał formularz oferty odręcznie i z uwagi na jego prezentację graficzną najprawdopodobniej w sposób niezamierzony „ominął” jedną z rubryk w zadaniu nr 14 a wypełnił (co znamienne) tylko jedną (pierwszą w kolejności) rubrykę zadania nr 15. Niewątpliwie Odwołujący słusznie zauważa, że cena za 1 godz. dyżuru sprzętu jw. w Obwodzie Drogowym nie jest tożsama z ceną za 1 godz. pracy ładowarki ale z drugiej strony Odwołujący nie przedstawił argumentacji, że kwota 43,20 zł brutto jest nierealna za wycenę jednej godziny dyżuru sprzętu i choćby z tych powodów działaniom Wykonawcy można przypisać cechę umyślności i zamierzonego wprowadzania Zamawiającego w błąd. W rzeczywistości jednak,

przy przyjęciu, że kwota 43,20 zł dotyczy ceny za dyżur sprzętu, kwota ta jest zbliżona do tej, którą w swojej ofercie zaproponował Odwołujący.

Nie wydaje się również, aby w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w każdej sytuacji budzącej jakiegokolwiek wątpliwości po jego stronie, uprawniony jest do zastosowania przywołanej regulacji prawnej. Granicę korzystania z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi trwałość treści oferty, w takim znaczeniu, że uzyskane wyjaśnienia nie mogą prowadzić to istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Izby w ofercie wybranego Wykonawcy po złożeniu wyjaśnień nie doszło do zmiany treści oferty ale przypisania ceny za dyżur sprzętu znajdującej się w ofercie do prawidłowej rubryki w formularzu ofertowym ceny tej dotyczącej w zadaniu nr 14. Zmiana ta miała więc raczej charakter porządkowy, nie wpływała na oświadczenie woli Wykonawcy i nie zmieniała go w istotny sposób. Nie można również podzielić poglądu Odwołującego, że wezwanie do wyjaśnień i same wyjaśnienia prowadziły do niedozwolonych na gruncie ustawy Pzp negocjacji między stronami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający w wyniku złożonych wyjaśnień nie powstała żadna nowa treść, która została wpisana do oferty, nie zmieniono również treści już w ofercie widniejącej ale raczej przypisano w sposób prawidłowy treść do określonej rubryki formularza.

Jak wynika z orzecznictwa oczywista omyłka pisarska może być wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, oczywistym ominięciem wyrazu. W przedmiotowym postępowaniu w ocenie Izby doszło do takiego przeoczenia ze strony Wykonawcy, co jednak nie musiało skutkować uznaniem złożonej oferty za nieprawidłową i podlegającą odrzuceniu.

Z uwagi na nieuwzględnienie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 w związku art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, bez znaczenia dla przedmiotu sporu pozostaje zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, podniesiony jako zarzut ewentualny. Dostrzeżenia niewątpliwie wymaga, że w ocenie Izby przywołana regulacja nie będzie mieć zastosowania w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, skoro niespójność oferty można było usunąć przez zastosowanie przepisu odnoszącego się do wyjaśnień treści oferty. Zdaniem składu orzekającego Izby złożone wyjaśnienia nie doprowadziły do takiej sytuacji, gdzie w treści oferty Wykonawcy nastąpiła istotna zmiana. Działaniom czy to Zamawiającego, czy to Wykonawcy, zmierzającym do określenia ostatecznej treści oferty nie można przypisać charakteru istotnego.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: