

Sygn. akt: KIO 1889/16

**WYROK**

**z dnia 27 października 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Dours Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gdańsku przy ul. Podwale Grodzkie 5 (Lider), **Safe Co Ltd. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gdańsku przy ul. Na Ostrowiu 15/20 (Partner)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie**, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa

przy udziale

wykonawcy **G.K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą G.K. P.H.U. Telsat, Gryfice ul. Jana Dąbskiego 1a (72-300 Gryfice) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 28.09.2016 r. polegającej na poprawieniu omyłki w ofercie konsorcjum: Dours Sp. z o.o., Safe Co Ltd Sp. z o.o. i wyborze oferty najkorzystniejszej i nakazuje poprawienie w ofercie konsorcjum Dours Sp. z o.o. i Safe Co Ltd Sp. z o.o. w formularzu cenowym dla lokalizacji w *m. Stare Groszki – dk2 km 536+620 strona prawa (w stronę Siedlec)*, w pozycji *16 Inne prace zlecone* w kolumnie - ceny jednostkowej „2000,00” na „200,00” oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny złożonych ofert.**

2.1 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie i

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Dours Sp. z o.o. z/s w Gdańsku, Safe Co Ltd. Sp. z o.o. z/s w Gdańsku, tytułem wpisu od odwołania;

2.3 Zasądza od Zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Dours Sp. z o.o. z/s w Gdańsku, Safe Co Ltd. Sp. z o.o. z/s w Gdańsku kwotę **23.600 zł. 00 gr.** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na *utrzymanie i dostosowanie systemów preselekcji wagowej dla miejsc do ważenia pojazdów w m. Widów, Kałuszyn, Stare Groszki, Adamowice* (nr sprawy GDDKiA.O.WA.D – 3.241.66.2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 27.07.2016 r., 2016/S 143-259536 wobec czynności poprawienia omyłki w formularzu cenowym, co doprowadziło do dokonania niewłaściwej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawca – Konsorcjum w składzie: Dours Sp. z o.o. z/s w Gdańsku, Safe Co Ltd. Sp. z o.o. z/s w Gdańsku (Odwołujący), wniósł w dniu 7 października 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1889/16).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności z naruszeniem:

1. art. 87 ust. 2 pkt 2, art. 7 ust. 1 oraz 3 Ustawy Pzp – poprzez niewłaściwe poprawienie omyłki w formularzu cenowym Odwołującego powodujące zmianę wysokości zaoferowanej ceny, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny oferty w zakresie cenowego kryterium oceny ofert i wyboru oferty PHU Telsat jako oferty najkorzystniejszej;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Telsat pomimo tego, iż zaoferowany przez niego 1-dniowy termin dostosowania systemu do wymagań OPZ jest terminem niemożliwym do dochowania, co powoduje, że złożona przez tego wykonawcę oferta jest sprzeczna z siwz;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 pkt 3 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PHU Telsat pomimo tego, iż zaoferowany przez niego 1-dniowy termin miał na celu jedynie uzyskanie najwyższej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego, a tym samym uniemożliwić dostęp do zamówienia pozostałym wykonawcom, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
4. art. 90 ust. 1 Pzp art. 139 Pzp, art. 140 Pzp w zw. z art. 387 § 1 K.c. - poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty PHU Telsat w sytuacji, gdy zaoferowany przez tego wykonawcę 1-dniowy termin przystosowania systemu do wymagań OPZ powoduje, że zawarta umowa będzie nieważna z uwagi na niemożność spełnienia świadczenia;
5. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 86 ust. 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – poprzez niezasadne utajnienie formularzy cenowych wykonawcy Telsat, które zawierają informacje, które nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 28 września 2016 r.;
- 2) unieważnienie czynności badania oraz oceny ofert;
- 3) odtajnienie formularzy cenowych wykonawcy PHU Telsat;
- 4) dokonanie ponownego badania oraz oceny ofert, w tym w szczególności dokonanie poprawy omyłki w formularzu cenowym Odwołującego w sposób właściwy;
- 5) odrzucenie oferty PHU Telsat w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp;
- 6) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

O czynnościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 28.9.2016 r.

O naruszeniu interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia świadczy to, że gdyby nie działania Zamawiającego jego oferta zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza, a tym samym odniósłby on korzyść z wykonania zamówienia.

- I. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez niewłaściwe poprawienie omyłki w formularzu cenowym Odwołującego.

Odwołujący kwestionuje sposób poprawienia przez Zamawiającego treści oferty – formularza cenowego – zestawienie zbiorcze, który należało wypełnić zgodnie z pkt 10.2.-10.3 siwz – *ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca winien określić ceny jednostkowe netto oraz wartość netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie.* Formularze cenowe dotyczyły poszczególnych lokalizacji: m. Stare Groszki, m. Kałuszyn, m. Widów, m. Adamowice, o identycznej treści pozycji pozostawionych do wypełnienia przez wykonawcę.

Odwołujący złożył najtańszą ofertę spośród czterech złożonych w postępowaniu z ceną brutto 1.747.197,44 zł. W formularzu cenowym dla m. Stare Groszki wykonawca popełnił omyłkę w pozycji „Inne prace zlecone” wyceniane wg stawki godzinowej (30 godzin) wskazując cenę netto 2000,00 zł. i wartość netto 6.000,00 zł. W pozostałych formularzach cenowych wykonawca w sposób prawidłowy wycenił wartość tożsamej pozycji wskazując odpowiednio cenę jednostkową netto 200,00 zł. i wartość netto 6.000,00 zł.

Zamawiający poinformował o dokonaniu poprawienia omyłki w pozycji „wartość netto” z „6.000” na „60.000” oraz pozycji „Razem brutto” z 1.747.197,44 zł. na „1.813.617,44”. Ingerencja Zamawiającego doprowadziła do tego, że oferta Odwołującego (nadal najtańsza) została sklasyfikowana na drugiej pozycji, gdyż zmniejszyła się różnica pomiędzy wysokością ceny brutto w stosunku do oferty Telsat, która uzyskała większą ilość punktów,

co miało znaczący wpływ na wynik postępowania, w którym kryterium oceny stanowiła cena brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego Zamawiający zobowiązany był do poprawienia omyłki w pozycji „cena jednostkowa” z „2.000 zł” na „200 zł”, za czym przemawia analiza całej oferty, w której w trzech pozostałych formularzach cenowych w tożsamej pozycji wycenianej za roboczogodzinę Odwołujący wskazał „cenę jednostkową” w kwocie „200 zł”. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu wyceniali roboczogodzinę świadczenia usługi „inne prace zlecone” w kwotach od 90 do 200 zł. W związku z tym przyjęcie kwoty 2.000 zł wydaje się całkowicie bezzasadne w kontekście brzmienia oferty Odwołującego, wysokości stawek za roboczogodzinę zaoferowanych przez innych wykonawców oraz oderwane całkowicie od realiów rynkowych. Gdyby Zamawiający prawidłowo dokonał poprawienia omyłki, punktacja oferty Odwołującego nie uległaby zmianie (93,41 pkt), natomiast oferta Telsat uzyskałaby 92,87 pkt, a nie 96,02.

Poprawienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 nie może prowadzić do takiej zmiany treści oferty, która mogłaby być uznana za zmianę w treści oświadczenia woli wykonawcy. W ocenie Odwołującego, omyłka ma charakter omyłki pisarskiej, jaka i cechy oczywistej omyłki rachunkowej. Przyjęcie przez Zamawiającego, że ma ona jedynie charakter omyłki rachunkowej polegającej na dokonaniu błędnego działania arytmetycznego było założeniem nieprawidłowym i krzywdzącym dla Odwołującego i godzi w dyspozycję art. 87 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie może ponosić konsekwencji błędnych działań Zamawiającego.

Swoją argumentację Odwołujący poparł orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wskazując na wybrane orzeczenia, w których Izba odnosiła się do kwestii poprawienia omyłki w treści oferty.

Konsekwencją niewłaściwej oceny ofert w kryterium „cena” było dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 91 ust. 1 i 2 Ustawy.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PKU Telsat.

Odwołujący kwestionuje, jako możliwy do dochowania zadeklarowany w ofercie Telsat 1-dniowy termin na przystosowanie systemu do wymagań OPZ, co stanowiło kryterium oceny ofert. Zgodnie z pkt 14.3 siwz wykonawcy mogli zaoferować termin w przedziale od 1 do 60 dni, który był punktowany według ustalonego wzoru, w którym uwzględniono T min – najkrótszy czas spośród złożonych ofert. W ocenie Odwołującego, pomimo iż Zamawiający formalnie dopuścił możliwość zaoferowania 1 dniowego terminu, to nie jest możliwym wykonanie w sposób należyty przystosowania systemu do wszystkich wymagań OPZ w tak krótkim czasie. Realny czas pracy podczas jednego dnia to 8 godzin, co wynika z treści odpowiedzi na pytanie nr 13 do siwz z dnia 30.08.2016 r. W pytaniu wystąpiono do

Zamawiającego o wskazanie zasad na jakich będą prowadzone „wyceny” godzinowe prac, przewidzianych w ilości 30 godzin na kwartał. Zamawiający wskazał, iż *czas potrzebny na dostosowanie oprogramowania będzie ustalany przez Wykonawcę po akceptacji Zamawiającego. Zakłada się, że w ciągu jednego dnia roboczego wykorzystane zostanie max 8 h pracy nad oprogramowaniem, np. zlecenie na 20 h w poniedziałek daje Wykonawcy czas na realizację do czwartku.*

W ocenie Odwołującego, z technicznego punktu widzenia nie jest możliwe wykonanie dostosowania w ciągu 8 godzin nawet przy założeniu, że wykonawca zaangażuje w realizację tej części zamówienia większy zasób personelu lub sprzętu. Część procesów natury technicznej wymaga nakładu pracy bez względu na liczbę osób czy sprzętu. Ponadto, nie można wykluczyć tego, że Zamawiający zgłosi zastrzeżenia co do przygotowanej dokumentacji projektowej, co wymagać będzie przeorganizowania planu prac związanych z przystosowaniem systemu.

Odpowiedzi Zamawiającego dotyczące systemu wskazywać mają na konieczność opracowania tymczasowej organizacji ruchu, aby zamontować nową kamerę (pytanie nr 5), opracowania TOR wraz z uzyskaniem wymaganych opinii (pytanie nr 27), drobnych remontów nawierzchni (pytanie nr 86). Powyższe będzie musiało być uwzględnione w projekcie robót prowadzących do uruchomienia systemów WIM wraz z załącznikami, tj. m.in. tymczasowa organizacja ruchu (w skrócie TOR).

Jeden z obowiązków wykonawcy w zakresie wykonania prac związanych z uruchomieniem systemów preselekcji wagowej pojazdów, a związanych z przeprowadzeniem szkolenia wskazanych przez Zamawiającego osób w zakresie eksploatacji oprogramowania systemu, wymagać będzie 3 godzin szkolenia w ramach 8 godzin, które Zamawiający zakłada na wykonanie dostawania systemu (zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 43).

Ponadto, może wystąpić potrzeba wymiany uszkodzonych sensorów wagowych, co wymagać będzie stwierdzenia tej potrzeby naocznie przez Zamawiającego przed ich zakryciem (zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 78).

Zamawiający w siwz pierwotnie określił termin na dostosowanie systemu maksymalnie na 30 dni. W wyniku zadawanych pytań wykonawców, w których wskazywano, iż może być on za krótki, Zamawiający podjął decyzję o jego wydłużeniu do 60 dni (odpowiedź na pytanie z dnia 30.08.2016 r.). W świetle tych okoliczności wątpliwym jest wykonanie dostosowania w terminie 1 dnia. W ocenie Odwołującego, wykonawca Telsat nie uwzględnił w ofercie wszystkich okoliczności wynikających z OPZ, w tym nie wziął pod uwagę czasu na czynności związane z dostosowaniem systemu, co spowodowało niedoszacowanie terminu na jego realizację. Powyższe dowodzić ma podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy – zaniechanie odrzucenia oferty Telsat w sytuacji, gdy zaoferowany termin 1-dniowy miał na celu jedynie uzyskanie najwyższej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego, a tym samym uniemożliwić dostęp do zamówienia pozostałym wykonawcom, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał na wypełnienie znamion czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk), w którym to ustępie pierwszym wskazano, że *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagrażaj lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie natomiast z art. 15 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usług u określonego przedsiębiorcy (pkt 5). Czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5 może polegać w szczególności na ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy.*

W ocenie Odwołującego zaoferowanie 1-dniowego terminu na realizację prac dostosowawczych można porównać do sytuacji oferowania przez wykonawców 100-letniej gwarancji na dostarczany produkt, ocenianej w doktrynie i orzecznictwie KIO, jako działanie utrudniające innym wykonawcom uzyskanie zamówienia przez sztuczne zawyżenie punktacji.

W ocenie Odwołującego, wykonawca Telsat już w momencie składania oferty miał lub mógł mieć świadomość, że zaoferowany przez niego termin realizacji zamówienia jest niemożliwy do spełnienia i miał na celu jedynie utrudnić konkurentom dostęp do zamówienia. Takie działanie nie mieści się w pojęciu konkurencyjności i wychodzi poza granice normalnej gry rynkowej, gdyż uniemożliwia dostęp innym wykonawcom do zamówienia.

IV. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 139 i 140 Pzp w zw. z art. 387 § 1 k.c przez dokonanie wyboru oferty Telsat, w sytuacji gdy zaoferowany termin przystosowania systemu do wymagań OPZ powoduje, że zawarta umowa będzie nieważna z uwagi na niemożliwość spełnienia świadczenia.

Ponieważ umowa zawarta z wykonawcą wybranym musi być tożsama z zobowiązaniem zawartym w ofercie, nie będzie możliwe wskazanie innego terminu niż zadeklarowany w ofercie, który nie będzie mógł być zmieniony z uwagi na jego znaczenie jako kryterium oceny ofert. W orzecznictwie wskazuje się, że umowa dotknięta jest nieważnością, jeżeli świadczenie dłużnika przewidziane w umowie jest obiektywnie niemożliwe do wykonania. Świadczenia takiego nie może spełnić ani dłużnik, ani nikt inny, a ocena ta uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki.

V. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 86 ust. 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – zaniechanie odtajnienia formularzy cenowych wykonawcy Telsat, które nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący w dniu 5.10.2016 r. zwrócił się o udostępnienie ofert pozostałych wykonawców i otrzymał odpowiedź, w której Zamawiający wskazał, iż Telsat zastrzegł część swojej oferty, w tym m.in. formularze cenowe, co stoi w rażącej dyspozycji z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 84 ust. 4 Pzp oraz art. 11 ust. 4 uznk.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp, w tym m.in. informacji dotyczących ceny. Utajnienie formularza nie jest możliwe, gdyż po zakończeniu postępowania będzie on stanowił podstawę do uzupełnienia oferty o dane wskazane w formularzach. Jako informacje o cenach jednostkowych nie stanowią dla przedsiębiorcy wartości gospodarczej i przedstawiają w sposób ogólny kalkulację ceny. Złożony formularz przygotowany przez Zamawiającego nie może mieć indywidualnego charakteru. Dokument ten nie zawiera żadnych szczegółowych informacji na temat przyjętego przez wykonawcę sposobu budowania i kalkulacji ceny. Nie zawiera informacji, które mogłyby stanowić źródło wiedzy o kwestiach i okolicznościach kosztotwórczych, czy też dostarczających wiedzy co do strategii budowania ceny, w tym na temat kosztów pracy, wysokości zysku lub innych elementów mających wpływ na kalkulację. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie badał zasadności utajnienia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i bezkrytycznie przyzwolił na utajnienie dokumentów przez Telsat.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), tj. sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”. Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Ustawy, którego uzasadnienia upatrywał w braku wskazania czynności lub zaniechania czynności, co stanowi konieczną treść odwołania. Zasadniczo wniosek ten dotknięty błędną analizą treści odwołania, a także wadliwym rozumieniem przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 3 Ustawy nie mógł odnieść skutku. Samo sformułowanie zarzutów dokonane w



pięciu podpunktach identyfikowało w sposób jednoznaczny rodzaj czynności i zaniechania Zamawiającego związane z oceną oferty Odwołującego oraz oferty Telsat. Odwołujący wskazywał bowiem na czynność poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego oraz na zaniechanie odrzucenia oferty Telsat ze wskazaniem konkretnych okoliczności faktycznych. Ponieważ odwołanie zostało wniesione w terminie liczonym od dnia przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania w całości na rozprawie prowadzonej bezpośrednio po zamknięciu posiedzenia prowadzonego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Kwestionowane czynności doprowadziły do ustalenia wyniku postępowania, w którym za najkorzystniejszą uznana została oferta Telsat, droższa od oferty Odwołującego. Zasadniczo decydującą dla oceny ofert była czynność poprawienia omyłki stwierdzonej w ofercie Odwołującego, która doprowadziła do zwiększenia ceny brutto tej oferty i zmniejszenia różnicy w stosunku do drugiej w kolejności ceny oferty Telsat. Ponieważ odwołaniem wykonawca zmierza do uchylecia skutków niekorzystnej dla siebie czynności poprawienia omyłki Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści siwz, oferty Odwołującego oraz oferty Telsat, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28.9.2016r. oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

I.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2pkt 2, art. 7 ust. 1 oraz 3 Ustawy poprzez niewłaściwe poprawienie omyłki w formularzu cenowym Odwołującego, powodujące zmianę wysokości zaoferowanej ceny, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny oferty w zakresie cenowego kryterium oceny ofert i wyboru oferty PHU Telsat jako oferty najkorzystniejszej – Izba uwzględniła.

Zamawiający w piśmie z dnia 28.09.2016 r. poinformował Odwołującego o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej popełnionej w formularzu cenowym w poz. 16 – *Inne prace zlecone*, w kolumnie wartość netto dotyczącej kwoty 6.000,00 zmieniając ją na kwotę 60 000,00, co stanowiło prawidłowy wynik mnożenia ceny jednostkowej 2.000,00 zł i ilości

roboczogodzin (30). Konsekwencją poprawionej wartości netto było zwiększenie zsumowanej wartości netto części I i II z 368.430,24 na 422.430,24, co prowadziło do zwiększenia ceny ofertowej z 1.747.197,44 zł brutto na 1.813.617,44 zł.

Zwiększenie ceny brutto w ofercie Odwołującego doprowadziło do przyznania większej ilości punktów w kryterium „cena” drugiej w kolejności ofercie Telsat (86,02) i uznania jej za najkorzystniejszą z łączną ilością punktów przyznanych w dwóch kryteriach – 96,02. Przed zmianą ceny oferty brutto oferta Telsat otrzymałaby w kryterium „cena” mniejszą ilość punktów (82,87), co zmniejszałoby łączną punktację tej oferty do 92,87 pkt. Oferta Odwołującego niezależnie od dokonanej korekty w wartości netto uzyskać mogła w obydwu kryteriach łącznie 93,41 pkt.

Istota zarzutu Odwołującego sprowadzała się do wykazania, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał poprawienia formularza cenowego „Utrzymanie i dostosowanie systemu preselekcji wagowej dla miejsca do ważenia pojazdów w m. Stare Groszki – dk2 km 536+620 strona prawa (w stronę Siedlec)” uznając, iż omyłka w poz. 16 *Inne prace zlecone* dotyczy kwoty wskazanej jako wartość netto, tj. 6.000,00 zł. Zamawiający uznał, iż omyłka ma charakter rachunkowy i wynika z błędnego działania matematycznego, tj. przemnożenia ceny jednostkowej i ilości roboczogodzin (podanych prawidłowo). Nie ma ona natomiast charakteru pisarskiego polegającego na dodaniu jednego znaku „0” za dużo w kwocie 2.000,00 zł. Odwołujący wywodził natomiast, iż omyłka wystąpiła w kwocie wskazanej, jako cena jednostkowa, tj. 2.000,00 zł, prawidłowo wynoszącej 200,00 zł.

Izba uznała, iż w ofercie Odwołującego wystąpiła oczywista omyłka podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Ustawy, czyli oczywista omyłka pisarska. Zamawiający zakwalifikował stwierdzoną omyłkę jako rachunkową, wynikającą z błędnego działania matematycznego. Zasadniczo argumentacja Zamawiającego sprowadzała się do wskazania, iż omyłka pisarska nie może dotyczyć ceny jednostkowej, co mogłoby uzasadniać postawienie mu zarzutu prowadzenia negocjacji z wykonawcą po otwarciu oferty. Stąd Zamawiający uznał, iż omyłka dotyczy wskazanej wartości netto dla pozycji 16 formularza cenowego dla m. Stare Groszki. Powyższe przenosiło ciężar sporu pomiędzy stronami na ustalenie, który zapis formularza cenowego jest nieprawidłowy. Nie budziło natomiast wątpliwości, iż w poz. 16 formularza cenowego występuje oczywista omyłka podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 Ustawy. Rozstrzygnięcie Izby sprowadzało się zatem do oceny dopuszczalności poprawienia ceny jednostkowej wyrażonej kwotą 2.000,00 zł netto, czego żądał Odwołujący.

Uwzględniając w tym zakresie odwołanie Izba miała na uwadze pozostałe formularze cenowe, zawierające identyczną pozycję 16 – *inne prace zlecone*, wycenianą według stawki

roboczegodziny – 200 zł, jak również racjonalny wywód Odwołującego co do rzeczywistej treści oferty, wyrażonej w sposób prawidłowy w cenie brutto oferty.

Na wstępie należy zauważyć, iż Ustawa nie definiuje pojęć omyłka pisarska, omyłka rachunkowa, a zatem ustalenie charakteru omyłki pozostawione zostało *ad casum* i wymaga uwzględnienia indywidualnych okoliczności, które mogły prowadzić do jej wystąpienia. W niniejszej sprawie Odwołujący przekonywał, iż omyłka powstała przy ręcznym wypełnianiu pozycji formularza cenowego i polegała na dodaniu jednego zera za dużo przy cenie jednostkowej roboczegodziny, prawidłowo podanej w kwocie 200 zł w innych analogicznych pozycjach znajdujących się w dalszych trzech formularzach cenowych. Omyłka ta nie miała zatem wpływu na wartość pozycji netto wyrażonej kwotą 6.000,00 zł., uwzględniającą 30 roboczegodzin wycenionych na podstawie ceny jednostkowej – 200 zł. Izba przychyłając się do argumentów Odwołującego uznała, iż przyjęcie jak uczynił to Zamawiający, że cena jednostkowa jest prawidłowa kłóciło się z oświadczeniem wykonawcy zawartym w innych pozycjach tożsamych rodzajowo i stało w sprzeczności z założeniem racjonalnego działania wykonawcy ubiegającego się o zamówienie w przetargu publicznym. Stanowisko Zamawiającego oznaczałoby, że wykonawca wyceniłby koszt jednej roboczegodziny dla prac zleconych dla jednej z czterech lokalizacji na kwotę 2.000,00 zł, wskazując jednocześnie dla pozostałych trzech lokalizacji cenę 200 zł. Jednocześnie byłaby to najwyżej wyceniona pozycja formularza cenowego, znacznie przekraczająca stawki przyjęte dla specjalistów informatyków, których koszt roboczegodziny uwzględniony został w stawkach na poziomie 50 zł. Izba uznała zatem za racjonalne i uzasadnione w świetle dalszej treści oferty stanowisko Odwołującego, że faktycznie do omyłki doszło przy wpisywaniu ceny jednostkowej netto w poz. 16 formularza cenowego. Przyjęte w Ustawie rozróżnienie omyłki pisarskiej i rachunkowej nie stało na przeszkodzie temu, aby uznać, że doszło do omyłki pisarskiej w zapisie wartości wyrażonej kwotowo. Każdy zapis może być dotknięty omyłką pisarską dotyczącą dowolnego znaku. To nie charakter informacji przesądza o tym z jakiego rodzaju omyłką można mieć do czynienia. Zasadniczo poprawienie omyłki ma na celu usunięcie z treści oferty nieścisłości, które mogą czynić ją nieczytelną z uwagi na niedokładności, przeoczenia wykonawcy popełnione przy sporządzaniu oferty. Omyłka ma inne znaczenie niż błąd wykonawcy, który spowodowany jest np. przyjęciem złych założeń, co wpływa na treść oświadczenia złożonego w ofercie dotkniętego błędem wykonawcy. Zasadniczo zatem błąd nie jest oczywisty, gdyż wymaga znajomości błędnych założeń, jakimi kierować miałby się wykonawca sporządzając ofertę. W niniejszej sprawie zasadniczo nie budziło wątpliwości to, że w ofercie Odwołującego wystąpiła oczywista omyłka, identyfikowalna na pierwsze spojrzenie, zauważona także przez Zamawiającego. Zestawienie dwóch kwot powiązanych ze sobą rachunkiem matematycznym zmuszało do ustalenia, czy omyłką dotknięta była cena jednostkowa, czy też miała ona charakter

rachunkowy. Zamawiający przyjął tą drugą możliwość pomijając całkowicie pozostałą treść oferty stojącą w sprzeczności z wnioskami Zamawiającego. Odwołujący jeszcze trzykrotnie wskazywał wartość tej samej pozycji, za każdym razem przyjmując cenę jednostkową 200 zł, co pozwalało przyjąć, iż omyłka faktycznie dotyczy ceny jednostkowej, a nie wartości netto pozycji 16 przedmiotowego formularza cenowego. Izba nie znalazła przekonujących argumentów, które uzasadniałyby pominięcie oświadczenia wykonawcy co do wysokości stawki roboczogodziny takiej samej w trzech formularzach, a różniącej się w spornym formularzu jednym zerem. Z porównania stawek oferowanych w tym postępowaniu wynika, iż kwota 200 zł stanowiła najwyższą przyjętą w kalkulacji kosztów i taką uwzględnia cena brutto całej oferty, która nie wymagała korekty. W ocenie Izby, nie można było pominąć tych informacji, które pozwalały na wskazanie, iż omyłka nie dotyczy wartości netto pozycji ale stawki roboczogodziny stanowiącej podstawę do obliczenia prawidłowo wskazanej w formularzu cenowym wartości netto pozycji. Zamawiający pominął te informacje i dokonał zmiany, która faktycznie prowadziła do modyfikacji oświadczenia wykonawcy co do ceny oferty brutto, bez usunięcia omyłki pisarskiej z treści oferty, co ostatecznie miało istotne znaczenie dla oceny oferty i wskazania oferty najkorzystniejszej. Działanie Zamawiającego nie uwzględniało zatem okoliczności związanych z treścią oferty, w której wystąpiła omyłka, co w konsekwencji nie prowadziło do nadania brzmienia zapisu zgodnego z oświadczeniem wykonawcy.

Ponieważ oferta Odwołującego jest najtańsza to wartość brutto tej oferty była uwzględniana przy ocenie innych ofert, co decydowało o ilości przyznawanych w kryterium „cena” punktów. Zmniejszenie różnicy cenowej (przez zwiększenie ceny brutto w ofercie Odwołującego) prowadziło do zwiększenia punktów przyznawanych dalszym ofertom i mogło mieć istotny wpływ na ustalenie rankingu ofert przy uwzględnieniu łącznej ilości punktów za dwa kryteria oceny. W związku z powyższym Izba na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy uwzględnienia odwołanie.

## II.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 pkt 3 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Telsat pomimo tego, iż zaoferowany przez niego 1-dniowy termin dostosowania systemu do wymagań OPZ jest terminem niemożliwym do dochowania, co powoduje, że złożona przez tego wykonawcę oferta jest sprzeczna z siwz i miała na celu jedynie uzyskanie najwyższej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego, a tym samym uniemożliwić dostęp do zamówienia pozostałym wykonawcom, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – Izba oddaliła.

Podstawa faktyczna zarzutu dotyczy oświadczenia wykonawcy G.K. (Telsat) złożonego w formularzu oferty o deklarowanym czasie przystosowania systemu do wymagań OPZ, stanowiącym jednocześnie kryterium oceny ofert (waga 10%). Wykonawca ten zadeklarował gotowość przystosowania systemu w terminie 1 dnia, za co otrzymał maksymalną ilość pkt – 10. Zgodnie z formularzem oferty termin mógł być oznaczony w przedziale czasu od 1 do 60 dni.

Zamawiający w OPZ – tom III pkt 5 *Migracja systemów* określił termin modernizacji dla trzech dróg krajowych (dk2 i S7) - *do 60 dni od zaakceptowanej dokumentacji projektowej* (po modyfikacji). Dla drogi krajowej nr S8 Zamawiający oczekuje podjęcia czynności modernizacyjnych w terminie 21.10.2018 – 28.10.2018. Na rozprawie wyjaśniał, iż do 2018 r. przystosowaniu miały podlegać systemy dla trzech lokalizacji (dk 2 i S7), a końcowy efekt w postaci spójnego interfejsu będzie mógł być uzyskany dopiero w 2018 r. kiedy przestanie obowiązywać umowa zawarta dla odcinka drogi krajowej S8.

Telsat był wykonawcą systemów preselekcji wagowej dla trzech lokalizacji, do 3 kwietnia 2016 r. świadczył usługi ich utrzymania w ramach udzielonej gwarancji, a następnie do 30 czerwca 2016 r. świadczył usługę dzierżawy łączy transmisyjnych dla systemów, dla których zadeklarował obecnie w ofercie termin na ich przystosowanie w wymiarze 1 dnia liczonego od dnia zaakceptowania dokumentacji projektowej przez Zamawiającego.

Odwołujący kwestionował możliwość wykonania wszystkich koniecznych czynności w tak krótkim okresie wskazując między innymi na konieczność zamontowania jednej skradzionej kamery, opracowania tymczasowej organizacji ruchu na czas montażu systemu, naprawy nawierzchni, wymiany uszkodzonych czujek oraz montażu zasilania i urządzeń WiFi i koniecznego czasu dla Zamawiającego na odbiór prac.

Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba miała na uwadze zapisy siwz – tom III OPZ, w którym Zamawiający określił harmonogram prac (pkt 5 . Migracja systemów) oraz elementy systemu. Zamawiający oczekiwał przystosowania systemu istniejącego na stacji preselekcyjnego ważenia pojazdów, co wymagać ma zapewnienia w obszarze terenu stacjonarnego ważenia bezprzewodowego dostępu do Internetu poprzez WiFi. Zamawiający w pkt 3.2 ppkt 7 wskazał, iż *Należy dostosować dla systemów zlokalizowanych przy dk2 oraz S7, natomiast system przy S8 posiada WiFi*. Informację tę powtórzył w odpowiedzi z 30.08.2016 r. na pytanie nr 16, o wskazanie czy czas na przystosowanie systemu do wymagań OPZ ma obejmować również S8. Odnośnie stanu urządzeń zainstalowanych na stacjach pomiaru Zamawiający poinformował w odpowiedzi na pytanie nr 5, iż *do kwietnia br. Systemy (dk2, S7) działały prawidłowo, jednakże w związku z brakiem umowy na utrzymanie i przesył danych brak jest możliwości weryfikacji poprawności funkcjonowania. Stacja przy S8 działa prawidłowo. Informujemy jednocześnie, iż skradziono kamerę poglądową w*

*Kałużynie. Montaż odbędzie się wg Formularzy cenowych.* i jednocześnie umożliwił wykonawcom zapoznanie się pod jego nadzorem na miejscu ze stanem urządzeń. Telsat i Odwołujący nie dokonywali sprawdzenia urządzeń z udziałem Zamawiającego, natomiast Telsat oświadczył, iż na etapie przygotowania oferty dokonał sprawdzenia sensorów wagowych i ustalił, że sensory na dk2 i S7 są prawidłowe i nie wymagają wymiany.

Izba uznała, iż twierdzenia Odwołującego co do ograniczeń czasowych – 8 godzin pracy na dobę, nie dotyczyły terminu na przystosowanie wyrażonego w dniach, tj. dób (24 godziny). Odwołujący prezentował wybiórczo odpowiedź na pytanie nr 13 dotyczące dostosowania oprogramowania na zlecenie Zamawiającego, o którym mowa w pkt. 3.3 tomu III OPZ. Ten element świadczenia dotyczy świadczenia serwisowego oprogramowania w okresie trwania umowy, wykonywanego na zlecenie w wymiarze nie większym niż 30 roboczogodzin na kwartał. Odpowiedź dotyczyła zatem „wyceny” godzinowej tych prac, a nie czasu na przystosowanie systemów. Sposób prezentacji udzielonej odpowiedzi w odwołaniu mógł stwarzać wrażenie ograniczeń czasowych dla wykonawcy, które faktycznie nie występowały. Ponadto, słusznie wskazywał Telsat iż termin na przystosowanie systemów mógł być wyrażony w przedziale czasu od 1 do 60 dni, co czyniło niezasadnym stawianie zarzutu niezgodności terminu 1-dniowego z siwz. Ponieważ Odwołujący nie wykazał słuszności twierdzeń co do ograniczeń, a także koniecznych dodatkowych prac, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, iż termin zadeklarowany przez Telsat i mieszczący się w przedziale opisanym w siwz stanowić mógł podstawę do stwierdzenia, że oferta jest niezgodna z siwz oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie pokusił się również o sprawdzenie na miejscu stanu urządzeń, a jednocześnie formułował tezy o koniecznych naprawach związanych z przystosowaniem systemów, w tym koniecznych remontach nawierzchni. Izba przyjęła zatem za skuteczne oświadczenia Telsat co do stanu jego wiedzy o działaniu systemów, zdobytej przy okazji ich dotychczasowej obsługi, a także wyjaśnienia prostujące informacje Odwołującego, co do znaczenia udzielanych odpowiedzi na pytania wykonawców. Jako wiarygodne Izba przyjęła wyjaśnienia o możliwym wcześniejszym przygotowaniu urządzeń do montażu, co umożliwi skrócenie czasu pracy instalatorów w terenie, a także braku potrzeby akceptacji tymczasowej organizacji ruchu na czas montażu kamery, do której dostęp poza pasem drogi obrazowało przedłożenie na rozprawie zdjęcie. Ponieważ argumentacja Odwołującego nie była precyzyjna i zawierała wybiórczą informację co do zakresu odpowiedzi, co zniekształcało stan faktyczny, Izba oddaliła zarzut jako niezasadny.

Konsekwencją powyższego stanowiska było również oddalenie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp art. 139 Pzp, art. 140 Pzp w zw. z art. 387 § 1 K.c., poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty PHU Telsat w sytuacji, gdy zaoferowany przez tego

wykonawcę 1-dniowy termin przystosowania systemu do wymagań OPZ powoduje, że zawarta umowa będzie nieważna z uwagi na niemożność spełnienia świadczenia.

III.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 86 ust. 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – poprzez niezasadne utajnienie formularzy cenowych wykonawcy Telsat, które zawierają informacje, które nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów Pzp – Izba uwzględniła.

W ofercie Telsat zastrzeżone zostały informacje zawarte w formularzach cenowych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, co Zamawiający ocenił jako skuteczne i odmówił Odwołującemu dostępu do treści oferty zawierającej wycenę prac dla każdej z czterech lokalizacji. Odwołujący mógł jedynie zapoznać się z ceną oferty brutto. Dopiero na kolejny wniosek Odwołującego złożony po wniesieniu odwołania Zamawiający udostępnił formularze cenowe, po ich odtajnieniu przez samego wykonawcę Telsat.

Izba uwzględniła w tym zakresie odwołanie uznając, iż nie mogło być skutecznym zastrzeżenie informacji co do ceny prezentowanej w formularzach cenowych, łącznie stanowiącej cenę brutto oferty podawanej na otwarciu ofert. Próba ukrycia informacji o przyjętych stawkach przed innymi wykonawcami powinna być oceniana krytycznie, gdyż może mieć na celu wyłącznie utrudnienie innym wykonawcom dostępu do zamówienia na przejrzystych zasadach. Trudno bowiem inaczej wyjaśnić utajnienie stawek, po jakich wykonawca zamierza świadczyć usługę. Co ważne informacje prezentowane w formularzach cenowych (podobnie jak ma to miejsce np. w kosztorysach budowlanych) nie zawierały informacji handlowych innych niż cena dla tego konkretnego zamówienia. Nie można zatem na ich podstawie wnioskować o przyszłych wycenach innego zakresu pac. Ponadto, należy zauważyć, iż każdy z wykonawców składających ofertę w publicznym postępowaniu godzi się z ujawnieniem po otwarciu oferty ceny jaką zaproponował. Ochrona informacji o cenie występuje jedynie do czasu otwarcia ofert i zostaje ujawniona przy publicznym otwarciu ofert. Zasadniczo, nawet wskazanie stawki wynagrodzenia za poszczególne prace, nie może narażać wykonawcy na szkodę, gdyż bez dalszej wiedzy o kanałach dystrybucyjnych, poddostawcach, czy też zasobach kadrowych, ma jedynie znaczenie dla czynności podejmowanych w postępowaniu i może np. powodować podejrzenie co do rażąco niskiej ceny. Próba utajniania informacji w jawnej ofercie, które faktycznie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzić może do wniosku, iż działania wykonawcy mają wyłącznie na celu utrudnienie innym wykonawcom weryfikacji oferty i złożenie odwołania. Praktyka ta jako patologiczna w jawnym postępowaniu zasługuje na zdecydowaną krytykę.

Ponieważ Odwołującemu została ostatecznie udostępniona treść formularzy cenowych z oferty Telsat, a niniejszym odwołaniem Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert, nie ma potrzeby nakazywania ujawnienia dokumentów, znanych już Odwołującemu.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, iż w części żądania Odwołującego zasługiwały na uwzględnienie, co znalazło wyraz w sentencji orzeczenia i nakazie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego i jej poprawienia w sposób wskazany w treści odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

**Przewodniczący: .....**