

Sygn. akt: KIO 1716/14

WYROK

z dnia 2 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 września 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Grontmij Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Ziębicka 35 i Lafrentz-Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Zbąszyńska 29** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53 Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Safege Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji Nanterre rue du Port, Parc de l'île Safege Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, ul. Solec 22 i Certusvia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szaserów 19** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1716/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Grontmij Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Ziębicka 35 i Lafrentz-Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Zbąszyńska 29 i :**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Grontmij Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Ziębicka 35 i Lafrentz-Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Zbąszyńska 29** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.1. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Grontmij Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Ziębicka 35 i Lafrentz-Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Zbąszyńska 29** na rzecz **Skarbu Państwa Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53 Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2** kwotę 3 600 zł. 00 gr (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., 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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zarządzanie kontraktem: „Wykonanie rozbudowy drogi krajowej nr 8 Wrocław – Warszawa – Białystok do parametrów drogi ekspresowej S8, na odcinku od obwodnicy Wiśniewa za obwodnicę Mężenina, od km 586+310 do km 601+700”, w tym pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53 Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 kwietnia 2014r. za numerem 2014/S 084-146489.

W dniu 13 sierpnia 2014r. drogą elektroniczną zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Grontmij Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Ziębicka 35 i Lafrentz-Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Zbąszyńska 29 (zwanych dalej odwołującym) o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Safège Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji Nanterre rue du Port, Parc de l'Île Safège Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, ul. Solec 22 i Certusvia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szaserów 19 oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) z uwagi na to, że zamawiający wymagał, aby wynagrodzenie za działania promocyjne nie wynosiło więcej niż 2% ceny oferty netto, zaś u odwołującego to wynagrodzenie wynosi 110 916,48 zł. i przekracza 2% ceny oferty netto.

W dniu 22 sierpnia 2014r. odwołujący wniósł pisemne odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego Grontmij sp. z o.o. ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji Grontmij, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania - działającego w imieniu Grontmij jak i partnera Lafrentz Polska sp. z o.o. na podstawie pełnomocnictwa udzielonego Grontmij w dniu 9 czerwca 2014r. i podpisanego przez prezesa zarządu Lafrentz ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 21 sierpnia 2014r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 przez wybór oferty w postępowaniu niezgodnie z przepisami ustawy, w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców;

2) art. 87 ust. 2 pkt 3) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z art. 7 poprzez zaniechanie dokonania poprawienia omyłki w ofercie odwołującego polegającej na niezgodności oferty z SIWZ nie powodującej istotnych zmian w treści oferty, co w konsekwencji doprowadziło do niesłusznego uznania przez zamawiającego, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i na tej podstawie odrzucenia oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy;

a ponadto z ostrożności procesowej

3) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty odwołującego, w szczególności w zakresie w jakim przepis ten daje możliwość zamawiającemu żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert nie będących negocjacjami w rozumieniu tego przepisu ustawy, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum SAFEGE jako oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego,

a w konsekwencji dokonania tej czynności:

1. poprawienie nieistotnej omyłki odwołującego,
2. nakazanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 179 ust. 1 ustawy, bowiem jako wykonawca, którego oferta sklasyfikowana była pierwotnie przez zamawiającego na pierwszej pozycji rankingu ofert (przy przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny: cena 60%, metodyka 40%), i w konsekwencji pierwotnego wyboru dokonanego przez Zamawiającego, tj. wyborze oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, liczył na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, a dokonane, z naruszeniem wymienionych wyżej przepisów ustawy, przez zamawiającego ponowne czynności, w tym odrzucenie oferty odwołującego i wybór, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez

Konsorcjum SAFEGE pozbawia go tej możliwości. Tym samym bezspornym jest w ocenie odwołującego, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych wyżej przez odwołującego przepisów ustawy, odwołujący poniósł szkodę.

Zgodnie z informacją uzyskaną w trakcie procedury otwarcia ofert, w przedmiotowym postępowaniu przetargowym złożono ogółem 9 ofert, których ceny (z uwzględnieniem VAT) kształtowały się na poziomie od 6.728.344,73 PLN (oferta odwołującego) do 18.381.017,60 PLN, przy podanej przez zamawiającego kwocie, jaką może on przeznaczyć na realizację zamówienia: 8.803.854,66 PLN brutto.

Zgodnie z pkt 14 Instrukcji dla Wykonawców (Tom I SIWZ) kryteriami oceny były: cena 60% oraz metodyka 40%. Zamawiający, pismem nr GDDKiA-O-BI-DO-D-3-ko-284/2/U/2014 z dnia 5 sierpnia 2014 r. przesłanym drogą e-mailową w tym samym dniu poinformował o dokonanych wyborze oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z przedmiotowym pismem uznał on jako ofertę najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez odwołującego, przyznając jej ogółem 91,68 pkt, w tym w podkryterium cena: 60 pkt, a w podkryterium metodyka: 31,68 pkt. Zgodnie z w/w pismem punktacja ofert znajdujących się na 2-ch najwyższych pozycjach przedstawiała się następująco:

1. Oferta Konsorcjum Grontmij: 91,68 pkt, w tym cena: 60 pkt, metodyka: 31,68 pkt,
2. Oferta Konsorcjum SAFEGE: 87,19 pkt, w tym cena: 48,79 pkt, metodyka: 38,40 pkt.

W wyżej wymienionym piśmie zamawiający oświadczył, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a oferta jego nie podlega odrzuceniu.

Pomimo złożenia oświadczenia o treści jw., tj. uznania, iż oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, zamawiający pismem l.dz. GDDKiA-O-BI-DO-D-3-ko-284/2/U/2014 z dnia 13 sierpnia 2014 r. przesłanym odwołującemu w tymże dniu drogą e-mailową zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej pismem z dnia 5 sierpnia br. i zawiadomił, iż w wyniku dokonania ponownego badania i oceny ofert powtórzył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez Konsorcjum SAFEGE z zaoferowaną ceną brutto: 8.273.478,15 PLN. Jednocześnie zamawiający w/w pismem zawiadomił, iż dokonał odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Jako podstawę faktyczną dokonania czynności odrzucenia oferty odwołującego wskazał, iż zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w Formularzu Cenowym (Formularz 2.1) wynagrodzenie za działania promocyjne (pozycja 3) miało wynosić nie więcej niż 2% ceny oferty netto i wskazał, iż cena oferty netto wynosi 5.470.198,97 PLN, więc 2% z tej kwoty wynosi 109.403,98 PLN. Natomiast wynagrodzenie za działania

promocyjne (pozycja 3) podane w Formularzu Cenowym przez odwołującego, tj. 110.916,48 PLN przekracza 2% ceny oferty netto.

Odwołujący podniósł, iż dokonana przez zamawiającego czynność odrzucenia jego własnej oferty nastąpiła z naruszeniem przepisów ustawy.

Wskazując na zapis zdania czwartego pkt 10.4 IDW o treści, cyt.: „Wartość sumy poz. 3 „Działania promocyjne” nie może przekroczyć 2% ceny oferty netto. W przypadku gdy wartość ta przekroczy 2 % ceny oferty netto, zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2) ustawy pzp” Odwołujący przytacza podstawę prawną przywołaną przez zamawiającego zarówno w ogłoszeniu, jak i na pierwszej stronie SIWZ informującej, że postępowanie prowadzone jest zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.). Zatem bezspornym jest, że w przedmiotowym postępowaniu występuje prymat ustawy Prawo zamówień publicznych nad SIWZ wykreowaną przez zamawiającego. Niezależnie więc od zapisu zdania drugiego punktu 10.4 SIWZ informującego o odrzuceniu oferty w przypadku, gdy wartość pozycji działania promocyjne przekroczy 2% ceny oferty netto, zamawiający zobligowany jest do przestrzegania w całości przepisów ustawy. Wskazując jako postawę prawną odrzucenia oferty art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, nie zastosował zamawiający (choć był do tego zobligowany) całego przepisu tego punktu ustawy, opuszczając istotne jego postanowienie mówiące o tym, iż odrzucenia oferty w takim przypadku zamawiający dokonuje z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, iż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z SIWZ nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. W przypadku wystąpienia takich nieistotnych omyłek zamawiający ma obowiązek poprawienia ich i zawiadomienia o takim fakcie wykonawcę. Natomiast obligatoryjność odrzucenia oferty materializuje się dopiero wtedy, gdy wykonawca w ciągu 3-ch dni nie wyrazi zgody na poprawienie takiej omyłki w sposób określony przez zamawiającego.

Odwołujący nie neguje faktu wystąpienia omyłki, która wystąpiła w pozycji 3 Formularza Cenowego. Istotnie, jego cena ofertowa netto wynosi: 5.470.198,97 PLN, a wartość pozycji 3 Formularza Cenowego wynosi 110.916,48 PLN. Jednakże odwołujący wskazując na fakt, iż w rzeczywistości kwota wpisana w pozycji 3 Formularza Cenowego wynosi: 2,02764% ceny oferty netto, co oznacza, iż omyłka opiewa na kwotę 1.512,50 PLN netto (odpowiadającą kwocie 1.860,38 PLN brutto), co z kolei stanowi 0,02764% całkowitej ceny oferty brutto, podnosi, iż w przedmiotowym przypadku wystąpiła omyłka mająca charakter omyłki nieistotnej, która winna być poprawiona przez zamawiającego w

trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zgodnie z opinią prawną zamieszczoną w dniu 30 kwietnia 2014 r. na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, uznanie nieprawidłowości występującej w ofercie jako omyłki nieistotnej, co do której materializuje się obowiązek jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy uzależnione jest od spełnienia się dwóch przesłanek, tj.:

- 1/ zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści,
- 2/ poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Jednocześnie w cytowanej opinii prawnej podkreśla się, iż, cyt.: „Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negoti) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.”

W przedmiotowej sprawie mamy bezspornie do czynienia z takim przypadkiem wystąpienia omyłki nieistotnej, bowiem: po pierwsze - ma ona charakter omyłki, a nie celowego działania, po drugie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, bowiem sposób jej poprawy wynika z innych elementów oferty.

O charakterze niezamierzonej omyłki, a nie świadomego działania odwołującego świadczy przede wszystkim sam fakt złożenia oferty oraz złożenia oświadczeń na formularzu oferty o składaniu oferty zgodnie z SIWZ oraz o uznaniu przez odwołującego iż jest on związany określonymi w SIWZ oraz wyjaśnieniach i modyfikacjach postanowieniami i zasadami przedmiotowego postępowania, w tym również o akceptacji umowy i deklaracji zawarcia umowy zgodnej z ofertą na warunkach określonych w SIWZ. Co do zasady, a potwierdza to również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 1152/13 z dnia 27 maja 2013 r.) przyjmuje się, że wykonawca zamierza złożyć ofertę zgodnie z zapisami SIWZ. Trudno byłoby bowiem przyjmować, że racjonalny i profesjonalny wykonawca celowo złoży ofertę

niezgodną z postanowieniami SIWZ, wiedząc, że będzie ona odrzucona i narażając się na niepotrzebne koszty jej sporządzenia i złożenia.

Z kolei o nieistotności omyłki świadczy fakt, iż zamawiający, bez wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień może ją poprawić, bowiem dysponuje wiedzą o tym, jak należy to zrobić. Sam bowiem kreując treść SIWZ określił jaką wartość procentową w odniesieniu do ceny oferty netto może maksymalnie wynosić pozycja 3 Formularza Cenowego. Bezspornym jest, iż skoro kwota podana przez odwołującego wynosi wynikowo 2,02764%, to celem i zamiarem jego było określenie tej pozycji Formularza Cenowego w wysokości maksymalnie dopuszczonej przez zamawiającego, tj. na poziomie 2% ceny oferty netto. Odwołujący wskazuje w tym miejscu na fakt, iż w piśmie z dnia 13 sierpnia 2014r informującym o odrzuceniu przez zamawiającego jego oferty, zamawiający nie miał żadnych problemów z ustaleniem jaka kwota winna figurować w pozycji 3 Formularza Cenowego. Zatem obowiązkiem zamawiającego było poprawienie tej wartości do kwoty odpowiadającej 2% wartości ceny netto. Nie miałby przy tym znaczenia fakt, że zmieniłaby się w ostateczności cena oferty, bowiem jak wykazano wyżej, Prawo zamówień publicznych dopuszcza taką możliwość.

W tym miejscu odwołujący dodatkowo wskazuje na fakt, iż z tytułu dokonania poprawienia nieistotnej omyłki, cena ofertowa odwołującego została by obniżona o 1.860,38 PLN brutto, co nie miałoby istotnego wpływu na ranking ofert w podkryterium cena oraz wynikowo na ranking ofert przy zastosowaniu obydwu obowiązujących kryteriów oceny tj. ceny i metodyki. Jednocześnie odwołujący pragnie powołać się ponownie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 1152/13 z dnia 27 maja 2013r, w którym Izba wskazała, iż ustawodawca dał zamawiającym możliwość poprawiania ofert w granicach dopuszczonych przez prawo stawiając im ten obowiązek nad formalizm postępowania. I z takich możliwości zamawiający ma obowiązek korzystać przy prowadzeniu postępowania na zasadach ustawy. Zaniechanie zaś skorzystania z tych możliwości stanowi naruszenie przez zamawiającego ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dodatkowo, co w ocenie odwołującego ma istotne znaczenie, doprowadzi do wydatkowania kwoty 1.545.133, 42 PLN środków publicznych bo taka jest różnica pomiędzy ceną oferty Konsorcjum Grontmij, a ceną oferty Konsorcjum SAFEGE.

Niejako z ostrożności procesowej odwołujący podnosi, iż nawet gdyby zamawiający uznał, że nie posiada dostatecznej wiedzy na temat sposobu poprawienia nieistotnej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3, miał obowiązek zastosować art. 87 ust. 1 ustawy, tj. wezwać Konsorcjum Grontmij do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i na ich podstawie ocenić, czy może poprawić omyłkę w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zaniechanie wezwania do złożenia przedmiotowych wyjaśnień dokonanie, bez

przeprowadzenia tej procedury i oceny wyjaśnień, odwołującego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy stanowi naruszenie przez zamawiającego w/w przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W opinii odwołującego naruszenie przywołanych przez zamawiającego przepisów ustawy można rozpatrywać w kontekście naruszenia przez zamawiającego również przepisu art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 w/w ustawy. Zamawiający poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego nie dochował bowiem zasady zachowania uczciwej konkurencji, a dokonany wybór oferty złożonej przez Konsorcjum SAFEGE dokonany został niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym czynność udzielenia przez niego przedmiotowego zamówienia publicznego nastąpi niezgodnie z przepisami ustawy.

W dniu 22 sierpnia 2014r. zamawiający poinformował wykonawców drogą elektroniczną o wniesieniu odwołania, przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25 sierpnia 2014r. pisemnie swój udział w postępowaniu po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ECMG GmbH z siedzibą w Austrii, w Wiedniu, Zelinkagasse 10 i SGS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bema 83, wskazując, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż uwzględnienie żądań odwołującego umożliwi ponowną ocenę ofert w przedmiotowym postępowaniu. Wnieśli o uwzględnienie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ECMG GmbH reprezentującego spółkę samodzielnie, zgodnie z odpisem z księgi firmy nr FN 367074t, oraz działający w imieniu partnera na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 czerwca 2014r. udzielonego przez obu członków konsorcjum i podpisanego zgodnie z zasadami reprezentacji każdego z partnerów, zgodnie z załączonymi dokumentami rejestrowymi. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 25 sierpnia 2014r.

W dniu 25 sierpnia 2014r. drogą elektroniczną swój udział w postępowaniu po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Safege Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji Nanterre rue du Port, Parc de l'Île Safege Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, ul. Solec 22 i Certusvia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szaserów 19 wskazując, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż ich oferta jest zgodna z siwz i została przez zamawiającego wybrana i dlatego muszą podjąć wszelkie kroki dla potwierdzenia prawidłowości czynności zamawiającego. Wnieśli o oddalenie odwołania.

Zgłoszenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym pełnomocnika weryfikowanym w dacie złożenia ważnym certyfikatem. Pełnomocnik działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 sierpnia 2014r. udzielonego przez pełnomocnika Oddziału Safege w Polsce, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 lutego 2014r. udzielonego przez Safege SA. i podpisanego przez dyrektora generalnego, ujawnionego w wyciągu z wpisu do Rejestru Handlowego i Spółek Sądu Handlowego w Nanterre. Safege działał w imieniu własnym oraz partnera na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 czerwca 2014r. udzielonego Safege SA przez dwóch członków zarządu partnera ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie ze złożonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 25 sierpnia 2014r.

W dniu 1 września 2014r. odwołujący złożył pismo przygotowawcze, w którym podtrzymał zarzuty i wnioski zawarte w odwołaniu. Dodatkowo wskazał, że zamawiający dysponował niezbędnymi danymi do dokonania poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż znał :

- a) łączną cenę oferty netto – 5 470 198,97zł.
- b) procent dla pozycji nr 3 – 2%, czyli 109 403,97zł.
- c) łączną cenę netto dla pozycji nr 3 podaną w ofercie odwołującego 110 916,48zł.
- d) różnicę pomiędzy łączną ceną netto dla pozycji nr 3 podaną przez odwołującego i wymaganym przez zamawiającego procentem dla tej pozycji – 1 512,51zł.
- e) ilość pozycji przez które może podzielić kwotę różnicy.

W ocenie odwołującego zamawiający mógł samodzielnie dokonać poprawy omyłki, która sprowadziłaby się do umniejszenia pozycji nr 3 o kwotę 1 512,51zł., a z uwagi na znikomą wartość tej różnicy odwołujący wyraziłby zgodę na poprawę tej omyłki w każdy sposób zaproponowany przez zamawiającego. Jednym z możliwych sposobów był według odwołującego równy podział różnicy pomiędzy trzy pozycje ryczałtowe i odejmuje się od każdej z nich kwotę 504,17zł., a to oznacza, że każda z pozycji ryczałtowych zmniejsza się do kwoty 604,96zł. Wskazał, że nie zastosowanie trybu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy prowadzi do wyboru oferty droższej o 1 545 133,42zł., przy omyłce w ofercie wynoszącej 1 512,51zł. Wskazał, że na istotność omyłki trzeba patrzeć przez pryzmat wartości całej oferty, co potwierdza orzecznictwo KIO sygn. akt KIO 556/12 z dnia 3

kwietnia 2012r. Poprawy, które powinien dokonać zamawiający nie ingerują w przedmiot zamówienia, ani nie zmieniają zamiarów i intencji odwołującego. Odwołał się także do opinii UZP dotyczącej uznania nieprawidłowości występującej w ofercie jako omyłki nieistotnej i stwierdził, że popełniona przez niego omyłka spełnia przesłanki opisane w opinii.

Ponadto podkreślił, że zamawiający miał wystarczającą wiedzę, co do sposobu poprawienia omyłki i stosując podstawowe działania arytmetyczne mógł ją poprawić. O tym, że intencją odwołującego było zaoferowanie ceny za działania arytmetyczne na poziomie 2% ceny netto oferty świadczy podany przez odwołującego procent 2,02764%, a zamawiający nie miał problemów z ustaleniem jaka cena powinna być przez odwołującego zaoferowana. Ponadto wysokość przekroczenia stanowi setną część procenta i zmniejszenie ceny o to przekroczenie nie stanowi istotnej zmiany oferty – powołał się na wyrok KIO sygn. akt KIO 431/14 z dnia 21 marca 2014r. , wyrok sygn. akt KIO 236/12z dnia 15 lutego 2012r. Nadto zamawiający wskazał, że pozycja cenowa ma opiewać na kwotę nie więcej niż 2% ceny oferty, ale nie podał miejsc po przecinku, a zatem w ocenie odwołującego uprawnione jest przyjęcie, że wartość odnosi się do liczb całkowitych, a sprowadzając procent do liczb całkowitych należy zastosować zaokrąglenie. Przy wartości 2,02764% jest to według zasady niedomiaru wartość 2%. Skoro zamawiający nie wskazał, że cena powinna być nie większa niż 2.00%, to cena odwołującego mieści się we wskazanych granicach (2%) z uwzględnieniem powszechnie stosowanych reguł matematycznych.

W dniu 1 września 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniósł, że ustalanie ceny oferty z pominięciem wymagań zamawiającego mających wpływ tak na wysokość ceny, jak i rentowność wykonania zamówienia dla wykonawcy, nie może być traktowane jako przejaw dopuszczalnego dążenia do uzyskania zamówienia przez wykonawcę. Brak respektowania zasad ustalonych w postępowaniu w celu uzyskania zamówienia nie może być uznany za działanie z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający nie może ustalonych przez siebie wymagań traktować w ten sposób, że uzna za prawidłowe oferty wykonawców respektujące postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jednocześnie oferty, które wymagania specyfikacji uznały za

nienapisane -jak uczynił to odwołujący. SIWZ od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70(1) § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu zamawiający wskazał, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Nie jest sporne między stronami, że kwota podana przez odwołującego dla pozycji 3 Formularza Cenowego „Działania Promocyjne” wynosi wynikowo 2,02764% i przekracza wymóg określony przez zamawiającego, że wartość ta nie może przekroczyć poziomu 2% ceny oferty netto. Nie jest również sporne, iż zamawiający potrafi bez pomocy odwołującego policzyć jaka kwota winna zostać wpisana jako kwota odpowiadająca 2% wartości ceny netto. Powyższe zdaniem odwołującego skutkować winno poprawieniem jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 jako omyłki nieistotnej, a o jej nieistotności świadczyć miał również fakt, iż obniżenie ceny całkowitej oferty nastąpiłoby o kwotę 1 512,50 zł netto, co nie przełożyłoby się na istotną zmianę ceny oferty brutto (kwota ta jest znikoma w porównaniu ceny oferty w wysokości; 5 470 198,97 zł brutto), jak również na zmianę pozycji oferty odwołującego w rankingu punktowym ofert. Jednocześnie jednak zamawiający wskazał, iż kwota o jaką został przekroczony ustalony przez zamawiającego limit pozostaje tutaj bez znaczenia. Dowodem tutaj jest fakt, iż w postępowaniu na Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Kontynuacja projektowania i budowa drogi ekspresowej S-19, odcinek węzeł Świlcza (DK4) bez węzła - węzeł Rzeszów Południe (Kielanówka) z węzłem”, zamawiający w dniu. 23.07.2014 r. odrzucił ofertę wykonawcy, który przekroczył wyznaczony przez zamawiającego limit 1% ceny oferty netto dotyczący pozycji formularza cenowego „Wynagrodzenie za nabycie majątkowych praw autorskich” o bagatela 0,77 zł. Na dokonanej czynności odrzucenia oferty, wykonawca pomimo drugiej pozycji w rankingu cenowym (kryterium cena 100%) nie wniósł odwołania.

Zamawiający oświadczył, iż rzeczywiście mogłoby wydawać się, iż przesłanki

zastosowania przez niego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ziściły się i nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający dokonał poprawienia oferty odwołującego w tym trybie, jednakże możliwość ta jest jedynie pozorna. Po pierwsze, zgodnie z brzmieniem przepisu omyłka musi mieć charakter nieistotnej, a tak w tym przypadku nie jest. Zamawiający formułując postanowienia SIWZ w części IDW Sposób obliczenia ceny oferty określił, iż:

„Wartość sumy pozycji 3 „Działania promocyjne” nie może przekroczyć 2% ceny oferty netto. W przypadku gdy wartość ta przekroczy 2% ceny oferty netto, zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt2) ustawy pzp.”

Czyniąc takie zastrzeżenie zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, iż maksymalny % udział pozycji „Działania promocyjne” w cenie oferty netto na wymaganym poziomie jest istotnym elementem oferty. Co podkreślił nadając mu najpoważniejszy dla wykonawcy rygor odrzucenia ceny oferty. Tym samym, zamawiający na etapie badania ofert nie może nadać tej czynności charakteru nieistotnego. Stanowiłoby to niedopuszczalną prawem zmianę SIWZ po otwarciu ofert. W tym miejscu należy wskazać, iż powyższy zapis SIWZ nie stanowił wątpliwości i nie był przedmiotem zapytań wykonawców we wnioskach o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ oraz, że na powyższy zapis, ani żadne inne postanowienie SIWZ nie zostało wniesione odwołanie.

Po drugie, zamawiający zwrócił uwagę, iż zgodnie z treścią pozycji 3 Formularza Cenowego „Działania Promocyjne” na wartość tej pozycji sumują się wartości następujących działań przewidzianych do realizacji w ramach zamówienia:

Broszura Informacyjna, zdjęcia naziemne i lotnicze w okresie od rozpoczęcia realizacji usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia, zdjęcia naziemne i lotnicze w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, Materiały filmowe do emisji w Internecie w okresie od rozpoczęcia realizacji usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia, materiały filmowe do emisji w Internecie w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności, informacyjna strona internetowa kompleksowo (projekt, realizacja, utrzymanie) w okresie od rozpoczęcia realizacji usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia, informacyjna strona internetowa - aktualizacja w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności.

Suma wartości tych wszystkich pozycji z kolumny nr 6 Formularza Cenowego pozwala dopiero na określenie wartości jaką odwołujący zaoferował za wykonanie „Działań

Promocyjnych" I ostatecznie suma tych wartości zgodnie z wytycznymi zamawiającego nie mogła przekraczać poziomu 2% ceny oferty netto. Tak więc według zamawiającego nieprawdą jest to co odwołujący wskazał w odwołaniu, iż czynność poprawienia jego oferty wymaga tylko nieznaczej, nieistotnej z punktu widzenia całości oferty, zmiany jedynie w pozycji 3 Formularza Cenowego „Działania Promocyjne”.

Odwołujący zdaje się pomijać fakt, iż ta pozycja stanowi sumę wartości 7 pozycji, a dokonanie poprawienia oferty w pozycji 3 Formularza Cenowego „Działania Promocyjne”, skutkować by musiało modyfikacją poszczególnych wartości, które składają się na tę wartość sumaryczną widniejącą w pozycji 3. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy winny mieć, w ocenie zamawiającego, taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Zamawiający stwierdził, że nie dysponuje narzędziami które pozwalają mu na poprawienie zaoferowanych przez odwołującego cen jednostkowych w taki sposób, aby ich suma (przy uwzględnieniu dodatkowo wskazanych jednostek ilościowych) pozwoliła na idealne osiągnięcie wartości, której wpisania żąda odwołujący. Skoro brak jest po stronie zamawiającego wiedzy w jaki sposób powinna zostać poprawiona oferta odwołującego, i nie wynika to z elementów złożonej oferty, to w sposób oczywisty nie może on dokonać jej poprawienia w zgodzie z przepisami. Zamawiający zauważył jeszcze jeden aspekt pominięty przez odwołującego, a który ma istotne znaczenie dla możliwości zastosowania przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Otóż odwołujący dopiero w treści swojego odwołania wskazał, że poprawienie jego oferty w spornej pozycji, powinno zostać dokonane przez zamawiającego w taki sposób aby wartość pozycji 3 Formularza Cenowego „Działania Promocyjne” wynosiła dokładnie 2% ceny oferty. Zamawiający podkreślił, iż zapis SIWZ w tym zakresie stwierdzał, że ta pozycja nie mogła przekraczać poziomu 2% ceny oferty netto, a nie że wynosić ma dokładnie 2% ceny oferty netto. Takie ukształtowanie zapisów SIWZ dodatkowo uniemożliwiło zamawiającemu samodzielne określenie/ jakich to poziom wartości tej pozycji Formularza Cenowego byłby dla odwołującego odpowiedni (dlaczego 2% a nie np. 1,8% ceny oferty netto). Przyjęcie toku rozumowania odwołującego wprost godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż przepisy ustawy Pzp mają wymiar uniwersalny i ich stosowanie nie zależy przecież od zaistniałego w danym postępowaniu stanu faktycznego. Inaczej w identyczny sposób odwołujący mógłby żądać dokonania poprawienia jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w sytuacji, gdy ta nieznacząca kwota mogłaby decydować o tym czy jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza czy też nie, Dla zastosowania tego przepisu nie jest przecież istotne jaki skutek odniesie dokonana przez zamawiającego modyfikacja.

Nie sposób, w ocenie zamawiającego, w zaistniałym stanie faktycznym stwierdzić, iż zachodzą przesłanki pozwalające na poprawienie oferty odwołującego w sposób przez niego żądany, w szczególności, że wariantów poprawienia jego oferty w komentowanym zakresie może być kilka o ile w ogóle jest to możliwe z punktu widzenia arytmetyki.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, które to wyjaśnienia miały pozwolić zamawiającemu na uzyskanie niezbędnej wiedzy pozwalającej na dokonanie czynności poprawienia jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zamawiający podniósł, że zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 ustawy „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 1, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”. Przepis ten znajduje przede wszystkim zastosowanie w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty i pozwala zamawiającemu na należyłą ocenę złożonej oferty, ale jego zastosowanie ma na celu wyjaśnienie zaistniałych okoliczności a nie pozwolenie wykonawcom na ukształtowanie swoje oświadczenia woli jakim jest oferta w sposób zgoła odmienny od pierwotnie złożonego.

Nakaz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ma charakter obligatoryjny, co oznacza iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej - musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Stwierdzona niezgodność była na tyle oczywista, że nie wymagała stosowania fakultatywnego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy - które mogłoby jedynie prowadzić do niedozwolonej zmiany treści oferty, poprzez modyfikację cen jednostkowych w pozycji 3 Formularza Cenowego „Działania promocyjne” a więc jej zmiany po upływie wyznaczonego terminu złożenia, czego wymieniony przepis nie dozwala. Wszelkie działania zamawiającego, zarówno na etapie przygotowania jak i przeprowadzenia postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia realizowane były zgodnie z art. 7. ustawy tj. w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a wszelkie czynności wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

W dniu 2 września 2014r. przystępujący złożył pismo przygotowawcze, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że zamawiający jest uprawniony do dokonania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy poprawy omyłki nieistotnej w następujących przypadkach:

- niezgodność z SIWZ musi mieć charakter omyłki;

- dokonane przez zamawiającego zmiany nie mogą ingerować w sposób istotny w treść oferty;

- zamawiający może dokonać poprawy omyłki pisarskiej samodzielnie, bez udziału odwołującego (tzn. w ofercie znajdują się wszystkie potrzebne do tego dane);

- poprawy można dokonać w ściśle określony sposób (istnieje jeden sposób poprawienia omyłki a nie kilka wariantów).

W przedmiotowej sprawie, według przystępującego, mamy bezspornie do czynienia z przypadkiem wystąpienia omyłki istotnej, co już a priori przekreśla możliwość skorzystania ze wskazanej regulacji, gdyż:

- po pierwsze: ma ona charakter celowego działania, a nie zwykłej omyłki,
- po drugie: zmiana wartości w którejkolwiek z pozycji nr 3 formularza cenowego działania promocyjne: odpowiednio: od 3.1 do 3.4.2 (7 pozycji) spowoduje istotną zmianę w treści oferty, bowiem sposób jej poprawy nie wynika z innych elementów oferty.
- Po trzecie: zamawiający nie ma precyzyjnych danych jak poprawić owe przekroczenie zastrzeżonej w SIWZ granicy wartości „Działań promocyjnych”. Wskazany przepis pkt. 10.4 IDW: „Wartość sumy poz. 3 „Działania promocyjne” nie może przekroczyć 2 % ceny oferty netto, oznacza że wartość ta mogła zostać skalkulowana przez Odwołującego w przedziale od 0,01% do 2% ceny ofertowej. To zaś powoduje że bez udziału odwołującego nie sposób określić jaka wartość tej pozycji faktycznie powinna zostać przyjęta gdyby miała nastąpić poprawa owej omyłki. Dodatkowo bez zabronionych treścią art. 87 ust. 1 pkt. 2 negocjacji co do treści oferty nie sposób ustalić w której spośród pozycji 7 pozycji (od 3.1 do 3.4.2 formularza cenowego). Owa korekta ceny miała by nastąpić by sprostać wymaganiom SIWZ. W każdej z nich proporcjonalnie, tylko w jednej z nich czy w wybranych?
- Powyższe powoduje że także ostatnia - czwarta przesłanka poprawienia omyłki nie została spełniona, gdyż jak udowodniono powyżej istnieje niezliczona ilość możliwych wariantów poprawienia oferty tak by spełnić wymagania SIWZ w pozycji poz. 3 „Działania promocyjne”.

W tym miejscu należy również wskazać, że zamawiający nie przewidział w SIWZ możliwości dokonania zaokrąglenia kwot wpisanych w formularzu cenowym. Popołniona

przez odwołującego omyłka nie ma charakteru oczywistego, ponieważ nie mogła zostać stwierdzona samodzielnie przez zamawiającego, jest sporna i niemożliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych pozycji w formularzu.

Przystępujący dla wzmocnienia swojej argumentacji przywołał szereg wyroków Izby w tym wyrok z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 664/09, wyrok z dnia 2 czerwca 2014 r., sygn. akt: 1022/14, wyrok z dnia 9 maja 2014 r., sygn. akt KIO 841/14, wyrok z dnia 29 kwietnia 2014r.,sygn. akt: KIO 693/14, KIO 694/14, wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013r., sygn. akt: KIO 104/13, wyrok sygn. akt KIO/UZP 1118/08. Powołał także opinię Urzędu Zamówień w zakresie stosowania wyjątku od zasady niezmienności treści oferty. Z ostrożności w przypadku argumentacji odwołującego dotyczącej ewentualnie wskazywania na oczywistą omyłkę pisarską, przystępujący wskazał iż także taka argumentacja nie może prowadzić do uchylecia niezgodności treści oferty odwołującego z SIWZ. Wprawdzie ustawa PZP nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej, ale pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Oczywistą omyłką pisarską, zdaniem Sądu Okręgowego w Gdańsku, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy.

Zgodnie z jednolitą linią orzecznictwa KIO 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 poprawy bez odwoływania się do innych dokumentów (...)" (KIO/UZP 11/09). Nie oznacza to, że poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej nie może odbywać się na podstawie treści zawartych w innych częściach oferty. W ocenie KIO „zgodnie z utrwaloną definicją omyłki pisarskiej, dotyczy ona takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a "oczywistość" omyłki, rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki

tej omyłki, właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian (...) oprócz omyłek widocznych od razu, jako omyłki mogą zostać uznane takie niedokładności, które wynikają z porównania odnośnych zapisów zawartych w oddzielnych dokumentach." (KIO 1326/08). Na praktyczny wymiar omawianego zagadnienia wskazuje KIO, zwracając również uwagę, że „oczywista omyłka pisarska jest to nie tylko fizyczne wprowadzenie omyłkowego zapisu w treści oferty, który nasuwa się samoczynnie poprzez pierwszy ogląd danego dokumentu. Oczywista omyłka pisarska polega również na pominięciu określonego zapisu, w szczególności poprzez techniczne, często komputerowe i automatyczne przesunięcie tekstu, czy też pominięcie fragmentu tekstu, który - jak wskazuje kontekst i całość dokumentu - powinien znaleźć się w danym dokumencie. Powyższe w szczególności dotyczy zestawień o charakterze tabelarycznym (...)" (KIO/UZP 319/09; KIO/UZP 320/09; KIO/UZP 321/09). Oceniając powyższe, przystępujący uznał, że nie sposób stwierdzonej wady oferty zakwalifikować jako oczywistej omyłki pisarskiej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wzoru umowy i oferty odwołującego, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i informacji o wyniku postępowania, a także sporządzonych przez przystępującego wyliczeń w oparciu o wyciągi z oferty odwołującego.

W rozdziale 10 zamawiający opisał sposób obliczenia ceny i wskazał, że

„10.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz Cenowy, którego wzór stanowi Formularz 2.1 zamieszczony w Rozdziale 2 Tomu I SIWZ.

10.2. Formularz Cenowy, o którym mowa w pkt 10.1, należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto metodą kalkulacji uproszczonej. Wykonawca winien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu.

10.3. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu Cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza Cenowego.

10.4. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt

wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu w Formularzu cenowym, w tym również wszelkie koszty towarzyszące.

Dodatkowo Wykonawca przeprowadzi właściwe analizy i uwzględni wskazaną w umowie możliwość zmiany ilości Innych ekspertów, aby zapewnić sprawną i terminową realizację umowy.

Wartość sumy pozycji 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” nie może przekroczyć 10% ceny oferty netto. W przypadku gdy wartość ta przekroczy 10% ceny oferty netto, Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Wartość sumy pozycji 3 „Działania promocyjne” nie może przekroczyć 2% ceny oferty netto. W przypadku gdy wartość ta przekroczy 2% ceny oferty netto, Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp.

Cena jednej jednostki czasu dla pozycji 4a nie może przekroczyć 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1a. W przypadku gdy cena jednej jednostki czasu dla pozycji 4a przekroczy 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1a Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Cena jednej jednostki czasu dla pozycji 4b nie może przekroczyć 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1b. W przypadku gdy cena jednej jednostki czasu dla pozycji 4b przekroczy 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1b Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Cena jednej jednostki czasu dla pozycji 4c nie może przekroczyć 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1c. W przypadku gdy cena jednej jednostki czasu dla pozycji 4c przekroczy 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1c Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Cena jednej jednostki czasu dla pozycji 4d nie może przekroczyć 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1d. W przypadku gdy cena jednej jednostki czasu dla pozycji 4d przekroczy 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1d Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Wartość sumy pozycji 5 „Wynagrodzenie za nabycie majątkowych praw autorskich” nie może przekroczyć 1% ceny oferty netto. W przypadku gdy wartość ta przekroczy 1%

ceny oferty netto, Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

10.5. Dla każdej pozycji wyszczególnionej na Formularzu Cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.

10.6. Wszystkie kalkulowane koszty to jest: „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatecznego Świadectwa Przejęcia”, „Usługi nadzoru”, „Działania promocyjne” i „Koszty administracyjne od wystawienia ostatecznego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności”, „Wynagrodzenie za nabycie majątkowych praw autorskich”, Wykonawca zsumuje i wstawi do pozycji „CENA NETTO ŁĄCZNIE”.

10.7. Obliczoną w ten sposób „CENĘ NETTO ŁĄCZNIE” należy powiększyć o podatek VAT określając w ten sposób „CENĘ OFERTY BRUTTO”, którą należy przenieść następnie do Formularza oferty zamieszczonego w Rozdziale 2 Tomu I SIWZ.

10.8. Cena oferty musi być wyrażona w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

10.9. Ceny określone przez Wykonawcę w Formularzu Cenowym nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia, za wyjątkiem sytuacji określonych w Umowie stanowiącej Tom II SIWZ.

10.10. Jeżeli złożona zostanie Oferta, której wybór prowadzić będzie do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrz-wspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

We wzorze umowy w §4 zamawiający określił zasady wypłaty wynagrodzenia :

1. Wynagrodzenie będzie płatne w okresach miesięcznych, odpowiednio do rzeczywistego czasu trwania Umowy, w oparciu o czas faktycznie przepracowany przez Personel Konsultanta oraz w przypadku pozycji ryczałtowych - po wykonaniu danej usługi w danym miesiącu i potwierdzeniu jej wykonania przez Kierownika Projektu.

2. Łączne Wynagrodzenie Konsultanta wynikające z Umowy, zgodnie z Ofertą

Konsultanta (załącznik do Oferty - Formularz Cenowy), Strony szacują w oparciu o przewidywaną ilość czasu pracy Personelu Konsultanta i przewidywany czas trwania Kontraktu, na kwotę netto , złotych (słownie złotych:) plus ... % podatek VAT w kwocie złotych, co łącznie stanowi kwotę brutto złotych (słownie złotych:).

3. Rzeczywista wysokość łącznego wynagrodzenia zależy od rzeczywistego zakresu i czasu świadczonej Usługi, przy czym maksymalna wartość zobowiązania za wykonywanie czynności będących Przedmiotem Umowy, z uwzględnieniem waloryzacji, wraz z naliczonym podatkiem VAT, nie może przekroczyć (słownie:), obliczonej jako 150% szacowanej łącznej wysokości wynagrodzenia brutto.

4. Łączne miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalane będzie w oparciu o następujące zasady:

1) wynagrodzenie z tytułu rozliczenia kosztów administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa f Przejęcia oraz kosztów administracyjnych od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności przysługuje w wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy;

2) wynagrodzenie z tytułu nabycia majątkowych praw autorskich przysługuje w wysokości określonej w Załączniku do Oferty - Formularz Cenowy;

3) 50 % wynagrodzenia za czas faktycznie przepracowany przez personel Konsultanta, przysługuje Konsultantowi z tytułu świadczenia Usługi w Standardzie Podstawowym - obliczone jako iloczyn stawki dziennej określonej w Załączniku do Oferty - Formularz cenowy, ilości faktycznie przepracowanych dniówek w danym miesiącu i współczynnika 0,5;

4) 0-50% wynagrodzenia za czas faktycznie przepracowany przez personel Konsultanta, przysługuje Konsultantowi z tytułu świadczenia Usługi w Standardzie Podwyższonym - obliczone jako iloczyn stawki dziennej określonej w Załączniku do Oferty - Formularz cenowy, ilości faktycznie przepracowanych dniówek w danym miesiącu i współczynnika wyliczonego na podstawie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta. Współczynnik ten wyliczany jest według wzoru:

$Wk = (SPj/SPjmax)*0/5$ gdzie:

Wk- współczynnik wyliczony na podstawie Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta,
SPj - Suma punktów uzyskanych przez Konsultanta w danym okresie rozliczeniowym,
przyznanych przez Kierownika Projektu w Karcie Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta,
2Pjmax- Maksymalna suma punktów, które możliwe są do uzyskania przez Konsultanta w
danym okresie rozliczeniowym, wskazanych w Karcie Obmiaru Jakości Pracy
Konsultanta.

5. Wysokość stawki dziennej za pracę Personelu Konsultanta oraz wysokość pozycji ryczałtowych nie będą podlegały zmianom w stosunku do Formularza Cenowego.

6. W przypadku dokonanej ustawą lub rozporządzeniem zmiany procentowej stawki podatku VAT, wynagrodzenie Konsultanta brutto zostanie odpowiednio dostosowane. W takiej sytuacji pierwotnie ustalona maksymalna wartość zobowiązania, o której mowa w ust. 3 nie ulega zmianie.

7. Zamawiający przewiduje waloryzację wynagrodzenia Konsultanta, zgodnie z § 6 Umowy.

8. Strony przewidują możliwość udzielenia zamówień uzupełniających w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, m.in. w przypadku wykorzystania kwoty, o której mowa w ust. 3.

9. Wynagrodzenie za nabycie majątkowych praw autorskich, o których mowa w § 33 ust. 1 Umowy, w kwocie wskazanej w Formularzu Cenowym, wypłacone zostanie w terminie 14 dni od dnia wystawienia przez Konsultanta Ostatecznego Świadectwa Płatności. W przypadku braku możliwości wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności, wynagrodzenie zostanie wypłacone w terminie uzgodnionym z Kierownikiem Projektu.

§7 Rozliczenie

1. Płatność za wykonywanie Usługi będzie następowała w okresach miesięcznych, na podstawie prawidłowo wystawionych przez Konsultanta faktur VAT.

2. Warunkiem wystawienia przez Konsultanta faktury VAT jest uzyskanie przez Konsultanta następujących dokumentów (warunki będą spełnione łącznie):

1) miesięcznego zestawienia czasu pracy Personelu Konsultanta (dniówek) w postaci wydruku z elektronicznego systemu rejestracji czasu pracy Personelu Konsultanta

potwierdzającego świadczenie Usług, potwierdzone przez Inżyniera Kontraktu i zatwierdzone przez Kierownika Projektu;

2) zestawienia elementów rozliczeniowych, dla których płatność jest dokonywana zgodnie z pozycjami ryczałtowymi - po wykonaniu danej usługi w danym miesiącu i jej odbiorze przez Kierownika Projektu;

3) sporządzonej przez Kierownika Projektu Karty Obmiaru Jakości Pracy Konsultanta (KCOPK) określającej jakość świadczonych przez Konsultanta Usług;

4) dokumentu potwierdzającego przekazanie Kierownikowi Projektu raportu miesięcznego;

5) dokumentu obrazującego wartość płatności przed dokonaniem korekty waloryzacyjnej jak i wartość płatności po dokonaniu korekty waloryzacyjnej.

3. Dokumenty wymienione w ust. 2 pkt 1 - 5 będą stanowić załącznik do każdej wystawionej przez Konsultanta faktury VAT.

4. Płatności należne od Zamawiającego będą dokonywane na rachunek bankowy wskazany każdorazowo przez Konsultanta w fakturze VAT.

5. Płatności należne będą dokonywane w terminie do 30 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT.

6. Za dzień zapłaty Strony uznają dzień przyjęcia przez bank Zamawiającego dyspozycji obciążenia rachunku Zamawiającego.

7. W przypadku gdy Konsultant działa w ramach Konsorcjum, wynagrodzenie wpłacane będzie na rachunek bankowy Lidera Konsorcjum lub na inny rachunek wskazany zgodnie przez wszystkich członków Konsorcjum.

8. Z ważnych powodów Zamawiający uprawniony jest do dokonywania płatności odrębnie, na rzecz każdego z członków Konsorcjum zgodnie z zakresem wykonanych Usług, określonym przez Kierownika Projektu.

9. Rozliczenie pozycji ryczałtowych określonych w Formularzu Cenowym, w miesięcznych jednostkach czasu, dokonywana będzie proporcjonalnie do liczby dni faktycznego wykonania Usługi w danym miesiącu.

W załączniku nr 2.1. do siwz – Formularz cenowy w pkt. 3 wskazano działania promocyjne nie więcej niż 2% ceny oferty.

Okolicznością bezsporną jest, że cena oferty odwołującego brutto wynosiła 6 728 344,73zł., netto 5 470 198, 97, zaś cena netto za działania promocyjne 110 916,48zł.

Zamawiający nie wyjaśniał ceny za działania promocyjne, ani nie dokonywał poprawy tej ceny (bezsporne).

Z wyciągu z formularza ofertowego wynika, że odwołujący założył limity w pozycji 1 odwołujący na poziomie 8,6519 %, przy dopuszczalnej maksymalnej wartości 10 %, z kolei w pozycji 5 w dopuszczana maksymalna wartość to 1 % - 0,1828 %.

Z wyciągu z formularza ofertowego wynika, że pomniejszenie wartości ceny netto w pozycji 3 do kwoty 109 403,98 zł. powoduje pomniejszenie łącznej ceny netto do kwoty 5 468 686,47zł., co powoduje, że kwota 109 403,98 zł. stanowi 2,0055% ceny łącznej netto 5 468 686,47zł., zaś przy pomniejszeniu pozycji nr 3 do równowartości 2% z ceny 5 468 686,47zł. tj. do 109 373,73 zł. powoduje, że ponownie wartość łączna netto się zmniejsza do kwoty 5 468 656,22 zł. i kwota 109 373,73 stanowi 2,00001% kwoty 5 468 656,22zł.

Izba zważyła, co następuje:

Izba wydała postanowienie o uwzględnieniu opozycji wobec zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ECMG GmbH z siedzibą w Austrii, w Wiedniu, Zelinkagasse 10 i SGS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bema 83.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Safege Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji Nanterre rue du Port, Parc de l'Île Safege Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, ul. Solec 22 i Certusvia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szaserów 19 spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania

na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes we wniesieniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 179 ust. 1 ustawy, bowiem jako wykonawca, którego oferta sklasyfikowana była pierwotnie przez zamawiającego na pierwszej pozycji rankingu ofert (przy przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny: cena 60%, metodyka 40%), i w konsekwencji pierwotnego wyboru dokonanego przez zamawiającego, tj. wyborze oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, liczył na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, a dokonane odrzucenie oferty odwołującego i wybór, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum SAFEGE pozbawia go tej możliwości. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z art. 7 poprzez zaniechanie dokonania poprawienia omyłki w ofercie odwołującego polegającej na niezgodności oferty z SIWZ nie powodującej istotnych zmian w treści oferty, co w konsekwencji doprowadziło do niesłusznego uznania przez zamawiającego, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i na tej podstawie odrzucenia oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy

Zarzut częściowo zasługuje na uwzględnienie. Rację ma odwołujący stanowiąc, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie powinien być wskazany jako podstawa prawna odrzucenia jego oferty. W ocenie Izby pozycja 3 jest elementem kalkulacyjnym ceny całkowitej oferty, a jak sam zamawiający wskazał w rozdziale 10 siwz jej wysokość i przewidziane limity procentowe składają się na sposób obliczenia ceny całkowitej oferty. Niewątpliwie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o nakazie odrzucenia oferty, o ile treść tej oferty jest niezgodna z treścią siwz i o ile nie zachodzą podstawy do poprawienia tej treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Natomiast z § 4 i 7 wzoru umowy wynika, że na zamawiającego nie ciąży obowiązek wypłaty wynagrodzenia w wysokości wynikającej z łącznej wartości pozycji nr 3 formularza ofertowego, przedmiotem rozliczenia stron bowiem będą podane ryczałty, wynagrodzenia miesięczne i dniówki. Tym samym w ocenie Izby niezachowanie limitu 2% łącznej ceny netto oferty dla pozycji nr 3 nie powoduje, że treść tej oferty w zakresie istotnym przedmiotowo jest niezgodna z treścią siwz rozumianą przede wszystkim jako opis przedmiotu zamówienia sposób wykonania wzajemnych zobowiązań stron. Jednak Izba mimo błędnej subsumpcji zaistniałego w niniejszej sprawie stanu faktycznego pod treść normy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stoi na stanowisku, że czynność zamawiającego

polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego była prawidłowa, gdyż oferta ta zawierała błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający działając prawidłowo powinien był bowiem uznać, że wymaganie określone w pkt 10.4 IDW stanowi element opisu sposobu obliczenia ceny i nie wypełnienie postanowień siwz w tym zakresie musi być kwalifikowane jako niezastosowanie się do przyjętego przez zamawiającego sposobu obliczenia ceny oferty. Jeśli niezastosowanie się do tego sposobu obliczenia ceny jest oczywistą omyłką rachunkową, to może podlegać poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy. Jednak Izba stwierdza, że częściowo argumentacja zamawiającego i przystępującego zasługuje na uwzględnienie, tj. w takim zakresie w jaki strona i uczestnik podnoszą wariantowość możliwości poprawy oferty odwołującego. Ta wariantowość możliwości poprawy w ocenie Izby została wykazana przez przystępującego za pomocą przedstawionych wyciągów z oferty odwołującego i poczynionych na jej podstawie wyliczeń. W ocenie Izby reguły matematyczne dodawania i odejmowania nie wymagają dowodu, a sam odwołujący zaprezentował niewyczerpujący sposób poprawy jego oferty, gdyż przedstawił jedynie sposób poprawy w podpozycjach pozycji nr 3, natomiast nie wykazał w jaki sposób ma zamiar zachować stałość łącznej ceny netto, skoro pozycję nr 3 pomniejszył o kwotę 1 512,50zł., a nie wskazał, które pozycje 1,2, 4, 5 zwiększa. Co więcej w ocenie Izby jest oczywiste twierdzenie przystępującego, że usunięcie błędu w obliczeniu ceny może nastąpić także bez zmiany wartości pozycji nr 3 przez zwiększenie wartości jednej lub więcej pozostałych pozycji, a w konsekwencji łącznej ceny netto oferty. Tym samym błąd nie nadaje się do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, gdyż ewentualna omyłka rachunkowa nie jest oczywista, zaś nie możliwe jest także zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy bez ustalenia z odwołującym, które pozycje przez niego wycenione powinny ulec ewentualnemu pomniejszeniu, a które powiększeniu. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że błąd w obliczeniu ceny, który zaistniał w ofercie odwołującego nie daje się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy i w tym zakresie zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy podlegał oddaleniu. Izba stwierdziła, że uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego błędne zastosowanie wobec oferty odwołującego nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta odwołującego zawiera nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny i nie powinna być przywracana do postępowania. Tym samym zarzut na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy w całości zasługuje na oddalenie. Izba nie podzieliła także argumentacji odwołującego związanej z zaokrągleniem uzyskiwanych procentów do pełnych jedności. W ocenie Izby postanowienia IDW w tym zakresie były jednoznaczne tj. zamawiający zakazał przekroczenia wartości 2% łącznej ceny netto oferty, zatem każde przekroczenie choćby w promilach stanowiło błąd w obliczeniu ceny i zamawiający nie miał obowiązku doprecyzowywania, że uzyskane wartości po przekroczeniu założonej przez niego wartości procentowej będą lub nie zaokrąglane zgodnie z regułami

matematycznymi. Oczekiwanie wskazywania ilości miejsc po przecinku przy przekroczeniu wartości 2%, przez podane np. 2,00%, w ocenie Izby jest powoływane na obecnym etapie jedynie na potrzeby niniejszego odwołania. Sam odwołujący w przypadku dwóch pozostałych limitów w poz. 1 i 5 przestrzegał zasady nieprzekroczenia limitów, a więc przyjmował, że wartość graniczna nie może być w żaden sposób przekroczona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty odwołującego, w szczególności w zakresie w jakim przepis ten daje możliwość zamawiającemu żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert nie będących negocjacjami w rozumieniu tego przepisu ustawy, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 87 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz w przypadku przetargu nieograniczonego dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W ocenie Izby rację należy przyznać zamawiającemu, że wyjaśnienie czy wartość pozycji nr 3 stanowi co najwyżej 2 % wartości ceny łącznej netto oferty prowadzi do zmiany treści tej oferty. W przypadku bowiem uzyskania odpowiedzi pozytywnej, to oznaczałoby, że odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny w pozycjach innych niż pozycja nr 3, a cena netto łączna jest niższa niż wskazana w formularzu ofertowym (co stanowiłoby zmianę tej ceny i cen pośrednich, a więc niedopuszczalną zmianę oferty) i analogicznie w przypadku odpowiedzi negatywnej zamawiający musiałby stwierdzić, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i ją odrzucić na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Ustalania bowiem przez zamawiającego, które elementy cenowe jaką powinny mieć wartość w ocenie Izby w tym przypadku prowadziłyby do zmiany oferty. Tym samym Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 przez wybór oferty w postępowaniu niezgodnie z przepisami ustawy, w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców;

Biorąc pod uwagę, że zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy były powiązane z pozostałymi postawionymi zarzutami, to fakt, iż zarzuty te nie zasługiwały na

uwzględnienie w stopniu pozwalającym na uwzględnienie odwołania, należało stwierdzić, że również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 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) obciążając odwołujących kosztami postępowania w postaci uiszczzonego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu kosztów zastępstwa prawnego zgodnie ze złożoną fakturą z ograniczeniem do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie.

Przewodniczący: