

Sygn. akt: KIO 1609/16

KIO 1615/16

WYROK

z dnia 12 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 29 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa,**
- B. w dniu 1 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart-Bis” sp. z o.o., ul. Ściegiennego 268a, 25-116 Kielce, 2) M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Miki” M.J., ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków, 3) SanTa – Eko sp. z o.o., ul. Portowa 24, 27-600 Sandomierz**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Ostrowiec Świętokrzyski, ul. Jana Głogowskiego 3/5, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski**

przy udziale wykonawcy **Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1615/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołania.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia: 1)**

Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart-Bis” sp. z o.o., ul. Ściegiennego 268a, 25-116 Kielce, 2) M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Miki” M.J., ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków, 3) SanTa – Eko sp. z o.o., ul. Portowa 24, 27-600 Sandomierz i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia: **1) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart-Bis” sp. z o.o., ul. Ściegiennego 268a, 25-116 Kielce, 2) M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Miki” M.J., ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków, 3) SanTa – Eko sp. z o.o., ul. Portowa 24, 27-600 Sandomierz** tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1609/16

KIO 1615/16

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Ostrowiec Świętokrzyski od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w okresie od 1.09.2016 r. do 31.8.2019 r.”* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 czerwca 2016 r. pod numerem 2016/S 124-222554.

Sygn. akt: KIO 1609/16

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania i odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu *„Pierwszego harmonogramu odbierania odpadów obejmującego okres od dnia 1 września 2016 r. do dnia 31 grudnia 2016 r.”*;
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, w sytuacji, w której Odwołujący złożył w postępowaniu ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę;
- 4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na uznanie oferty Odwołującego za niezgodną z SIWZ w sytuacji, w której oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Fart-Bis sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” M.J. oraz SanTa-Eko sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu (dalej jako: „Konsorcjum Fart-Bis”) nie została w tym zakresie uznana za niezgodną z SIWZ, mimo nieprawidłowości w złożonym Harmonogramie.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ ze względu na niedołączenie do oferty dokumentu *„Pierwszy harmonogram odbierania odpadów obejmujący okres od dnia 1 września 2016 r. do dnia 31 grudnia 2016 r.”*

Zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego było nieprawidłowe, bowiem Harmonogramowi, o którym mowa w pkt 10 ppkt 4 Załącznika nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, nie można nadać takiego znaczenia, jakie przypisuje mu Zamawiający. Odwołujący podniósł, że Zamawiający w żadnym punkcie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) nie wskazał, że wymaga dołączenia do oferty przedmiotowego Harmonogramu. W szczególności, jak podał Odwołujący, w SIWZ ujęto wykaz dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (listę podzielono na dokumenty *stricte* potwierdzające spełnianie warunków oraz na dokumenty wykazujące brak podstaw do wykluczenia) oraz wykaz innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, które należy dołączyć do oferty, zaś przedmiotowy Harmonogram nie został wskazany w żadnej z tych list. Odwołujący zauważył również, że Zamawiający nie wyszczególnił w SIWZ listy dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że wyłącznie w OPZ (Załącznik nr 1 do SIWZ) znalazło się wskazanie, że *„pierwszy harmonogram obejmujący okres od dnia 1 września 2016 r. do dnia 31 grudnia 2016 r. powinien zostać opracowany i przedłożony Zamawiającemu w celu akceptacji wraz z ofertą”*. Odwołujący wyjaśnił, że wymaganie zawarto w pkt 10 OPZ, szczegółowo opisującym wymagania Zamawiającego, co do Harmonogramu i organizacji świadczenia usługi. Pkt 10 OPZ określał, jak podał Odwołujący, częstotliwość odbioru odpadów i zasady, którymi powinien kierować się wykonawca sporządzając Harmonogram (np. pkt 10.3, 10.6, 10.7 OPZ).

Odwołujący wyjaśnił, że Harmonogram miał prezentować, w jakim terminie, jakiego rodzaju odpady będą podlegały odbiorowi z nieruchomości objętych zamówieniem. Zdaniem Odwołującego, jego treść nie kształtowała zakresu świadczenia (częstotliwości odbioru, rodzaj odpadów i nieruchomości objęte zamówieniem oraz zasady odbioru zostały określone w OPZ), jak również nie miała wpływu na określone w postępowaniu wynagrodzenie wykonawcy, czy też terminy jego zapłaty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w pkt 10 ppkt 14 SIWZ przewidziano procedurę akceptacji Harmonogramu, która zobowiązywała wykonawcę do uwzględnienia poprawek dokonanych przez Zamawiającego w przedstawionym mu do akceptacji Harmonogramie: *„Harmonogram co do treści i formy wymaga zatwierdzenia przez Zamawiającego. Wykonawca przekazuje Zamawiającemu harmonogram w formie pliku XML (lub innym uzgodnionym z Zamawiającym) bez zabezpieczeń i haseł. Zamawiający zaakceptuje*

harmonogram lub przedstawi uwagi do niego w terminie 7 dni od jego otrzymania. Wykonawca w terminie 7 dni wprowadzi uwagi Zamawiającego oraz przedstawi go do ponownej akceptacji. Zaakceptowany harmonogram Zamawiający niezwłocznie przekaże Wykonawcy”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie ze wzorem umowy (§ 1 ust. 2), wykonawca zobowiązuje się do świadczenia usługi zgodnie z wymaganiami OPZ, który stanowi załącznik do umowy. Nie przewidziano, jak zauważył Odwołujący, aby Harmonogram stanowił załącznik do umowy ani podstawę dla świadczenia usługi bez jego uprzedniej akceptacji i uwzględnienia uwag Zamawiającego.

Analiza powyższych okoliczności faktycznych wskazuje, zdaniem Odwołującego, iż przedmiotowego Harmonogramu nie można traktować jako treści oferty wykonawcy, a tym samym, jego brak nie uprawnia Zamawiającego do odrzucenia oferty, w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż sankcja odrzucenia oferty ze względu na jej niezgodność z SIWZ ma szczególnie represyjny charakter i powinna być wykorzystywana przez Zamawiającego wyłącznie w ostateczności, w sytuacji, w której nie występują w tym zakresie żadne wątpliwości, jak również, gdy nie jest możliwe sanowanie występujących w ofercie nieprawidłowości. Zgodnie z wyrażonym w orzecznictwie poglądem: *„Instytucja odrzucenia oferty winna być stosowana po wyczerpaniu przez zamawiającego wszystkich prawnie dopuszczalnych instytucji mających na celu sanowanie oferty złożonej przez wykonawcę. Każdorazowo nadużycie instytucji odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania przesądza o nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu, gdyż pozbawiona podstaw faktycznych i prawnych czynność Zamawiającego w odniesieniu do któregośkolwiek z wykonawców różnicuje ich sytuację w postępowaniu w sposób niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych”* (wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 584/12).

Odwołujący podał, że z postanowień SIWZ wynika, iż Harmonogram składany wraz z ofertą przez Wykonawcę nie jest dokumentem ostatecznym i niepodlegającym zmianie. Pkt 10 ppkt 4 OPZ wprost wskazuje, jak zauważył Odwołujący, iż dokument ten miał zostać przedłożony Zamawiającemu w celu akceptacji. To znaczy, zdaniem Odwołującego, że miał on zostać poddany, zanim stanie się obowiązujący, procedurze polegającej na wprowadzeniu przez Zamawiającego zmian, zaś wykonawca miał obowiązek wprowadzić zgłoszone przez Zamawiającego uwagi.

Z samej zatem istoty, w ocenie Odwołującego, Harmonogram nie miał być dokumentem ostatecznym i wiążącym strony postępowania po zawarciu umowy, a taki właśnie charakter ma treść oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkreślenia wymaga, w ocenie Odwołującego, iż o tym, czy dokument stanowi treść oferty decyduje przede wszystkim znaczenie, jakie zostało mu nadane w SIWZ oraz właściwości, jakimi się cechuje. W przypadku harmonogramów w ogólności, w zależności od ukształtowania postanowień SIWZ, jak zauważył Odwołujący, mogą one stanowić treść oferty, dokument przedmiotowy, potwierdzający zgodność oferty z wymaganiami SIWZ lub też mieć w ogóle charakter nieistotny i pomocniczy, którego brak nie oznacza niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i nie może stanowić podstawy dla odrzucenia oferty zgodnej w pozostałym zakresie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego (tak m.in. wyrok KIO z dnia 27 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1434/14).

Zdaniem Odwołującego, wskazać należy również na to, czego dotyczył Harmonogram, tj. określenia dokładnych terminów odbioru odpadów z poszczególnych nieruchomości w pierwszych miesiącach świadczenia usługi. Harmonogram nie miał zatem, w ocenie Odwołującego, na celu określenia zakresu świadczenia wykonawcy, jak również, miał być opracowany w ramach jednoznacznych i szczegółowych wytycznych OPZ. To Opis przedmiotu zamówienia, a nie Harmonogram dołączony do oferty, wyznacza, zdaniem Odwołującego, jako załącznik do umowy, niezmienny zakres świadczenia wykonawcy.

W opinii Odwołującego, opracowanie i przedstawienie Harmonogramu Zamawiającemu wraz z ofertą nie mogło mieć innego celu niż zweryfikowanie, czy został on przygotowany z uwzględnieniem wszystkich, wyraźnych wymagań SIWZ w tym zakresie. Taka funkcja i zakres dokumentu, zdaniem Odwołującego, jednoznacznie kwalifikuje go, jako dokument potwierdzający zgodność oferowanego rozwiązania z wszystkimi wymaganiami SIWZ, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że Zamawiający w SIWZ nie wymienił odrębnie tego rodzaju dokumentów, wymaganych w postępowaniu (w przeciwieństwie do dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków itd.), zatem umiejscowienie żądania dołączenia tego dokumentu do oferty w OPZ wskazuje, w ocenie Odwołującego, na jego przedmiotowy charakter.

Ewentualnie, zdaniem Odwołującego, Zamawiający, chcąc uzyskać pierwsze opracowanie Harmonogramu już wraz z ofertą, miał na celu przyspieszenie procedury opracowywania i akceptacji pierwszego Harmonogramu, co w ogóle sugerowałoby, że jego dołączenie do oferty miało jedynie znaczenie pomocnicze i *de facto* nieistotne dla oceny treści oferty wykonawcy.

Odwołujący wyjaśnił, że obecnie prowadzone postępowanie jest drugim postępowaniem obejmującym ten sam przedmiot zamówienia. Zgodnie z OPZ obowiązującym w pierwszym, unieważnionym postępowaniu, przedstawienie Harmonogramu odbioru odpadów było wymagane dopiero w określonym terminie już po zawarciu umowy.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru odpadów wyznaczony na dzień 1 września 2016 r., który już w dniu składania ofert był

wyjątkowo bliskim terminem, obecnie jest już terminem nierealnym do dotrzymania. Jednakże, nie sposób twierdzić, zdaniem Odwołującego, że rozbieżność stanu faktycznego w stosunku do opracowanego na dzień składania ofert Harmonogramu, uniemożliwi realizację umowy zgodnie z przepisami ustawy, ze względu na niezmienny charakter świadczenia wykonawcy, określony już złożoną ofertą. Odwołujący ponownie wskazał, że w odniesieniu do Harmonogramu odbierania odpadów, od początku przewidziano, iż może on podlegać różnym zmianom (np. oprócz pkt 10 ppkt 14, również pkt 10 ppkt 12 i 13).

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mimo stwierdzonej nieprawidłowości. Z pewnością natomiast, nie mógł tego dokonać, w ocenie Odwołującego, bez uprzedniego wyczerpania procedury wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt 10.4 OPZ, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w zakresie charakteru Harmonogramu jako treści oferty, jest nieprzekonujące i prowadzi do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podniósł, że Harmonogram złożony wraz z ofertą Konsorcjum Fart-Bis nie odpowiada wymaganiom OPZ, bowiem złożony został Harmonogram, obejmujący wyłącznie miesiąc świadczenia usługi (wrzesień), podczas gdy Zamawiający wymagał przedłożenia Harmonogramu, obejmującego okres od września do grudnia 2016 r. Pomimo tej nieprawidłowości, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający nie uznał przedmiotowego błędu w ofercie Konsorcjum Fart-Bis za istotny, bowiem nie wskazał tej niezgodności, jako podstawy do odrzucenia oferty tego Wykonawcy (oferta podlegała odrzuceniu z innych względów). Zatem, w ocenie Odwołującego, działanie Zamawiającego cechuje brak konsekwencji, które należy potraktować jako naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, iż ewentualna niejasność w brzmieniu wymagania czy też inne znaczenie, jakie Zamawiający chciał nadać przedmiotowemu dokumentowi, nie może rodzić negatywnych skutków dla Odwołującego, gdyż to Zamawiający odpowiada za klarowne i jednoznaczne sformułowanie wymagań SIWZ. Jak wskazuje się w orzecznictwie: *„Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach siwz, należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia siwz były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury.”* (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 643/12).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W SIWZ w pkt 10 „Częstotliwość odbierania. Harmonogram.” Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

- 1) „Wykonawca zapewnia odbieranie odpadów komunalnych z częstotliwością określoną w tabeli nr 8. OPZ.

Tabela nr 8 OPZ. Częstotliwość odbierania odpadów komunalnych bezpośrednio od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Ostrowiec Świętokrzyski.

Rodzaj odpadów komunalnych	Sposób odbioru		Częstotliwość odbierania	
	Nieruchomości z budynkami mieszkalnymi jednorodzinnymi	Nieruchomości z budynkami mieszkalnymi wielorodzinnymi	Nieruchomości z budynkami mieszkalnymi jednorodzinnymi	Nieruchomości z budynkami mieszkalnymi wielorodzinnymi
Odpady zmieszane	Pojemniki		1 raz na 4 tygodnie, a w okresie od 1 kwietnia do 31 października 1 raz na	3 razy w tygodniu
Odpady selektywnie zbierane: papier, tektura, opakowania z papieru i tektury	Pojemniki, worki		1 raz na 4 tygodnie	1 raz na tydzień
Odpady selektywnie zbierane: tworzywa sztuczne, opakowania z tworzyw sztucznych, opakowania wielomaterialowe, metale, opakowania z metali	Pojemniki, worki		1 raz na 4 tygodnie	1 raz na tydzień
Odpady selektywnie zbierane: szkło, opakowania ze szkła	Pojemniki, worki		1 raz na 4 tygodnie	1 raz na 2 tygodnie
Odpady zielone (termin od 1 kwietnia do 15 listopada)	Pojemniki		1 raz na 2 tygodnie	1 raz tydzień
Mebłe i inne odpady wielkogabarytowe oraz zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny	Zbiórki objazdowe z nieruchomości, tj. „wystawka”	Zbiórki objazdowe z nieruchomości, tj. „wystawka”	2 razy w roku w okresie wiosna, jesień	na zgłoszenie ale nie rzadziej niż 1 raz na 3 tygodnie

- 2) Wykonawca zobowiązany jest do wykonania dodatkowego odbioru odpadów komunalnych zmieszanych, odpadów selektywnie zbieranych z nieruchomości zabudowanymi budynkami wielorodzinnymi, poza częstotliwością wynikającą z tabeli nr 8 OPZ, w dniu poprzedzającym Święta Bożego Narodzenia oraz Święta Wielkanocne, a także w pierwszym dniu niebędącym dniem wolnym od pracy po tych świętach.
- 3) Wykonawca zobowiązany jest do opracowania harmonogramu odbierania odpadów, z uwzględnieniem poszczególnych rodzajów odpadów oraz wskazanej w tab. nr 8 OPZ częstotliwości, w szczególności biorąc pod uwagę, iż odbiór odpadów nie może następować w dni ustawowo wolne od pracy.
- 4) Pierwszy harmonogram obejmujący okres od dnia 1 września 2016 r. do dnia 31 grudnia 2016 r. powinien zostać opracowany i przedłożony Zamawiającemu w celu akceptacji wraz z ofertą.
- 5) Kolejne harmonogramy powinny obejmować rok kalendarzowy (tj. rok 2017, a następnie rok 2018 i pierwsze półrocze 2019 roku). Wykonawca przedłoży harmonogram Zamawiającemu w terminie co najmniej 60 dni przed początkiem roku kalendarzowego, którego dotyczy.

- 6) Harmonogram powinien być sporządzony tak by odbiór odpadów komunalnych z danej nieruchomości, z zachowaniem przyjętej częstotliwości, przypadają na te same dni tygodnia. Zadaniem Wykonawcy jest sporządzenie harmonogramu zapewniające regularność i powtarzalność odbierania, by mieszkańcy mogli w łatwy sposób zaplanować przygotowanie odpadów do odebrania.
- 7) W przypadku gdy ustalony dzień tygodnia lub miesiąca dla odbioru odpadów komunalnych przypada w dniu ustawowo wolnym od pracy, Wykonawca zapewni odbiór odpadów komunalnych w następnym dniu niebędącym dniem ustawowo wolnym od pracy.
- 8) Każdy harmonogram powinien odpowiadać następującym wytycznym:
- powinien być sformułowany w sposób przejrzysty, jasny, pozwalający na szybkie zorientowanie się co do konkretnych dat odbierania odpadów komunalnych, jak też regularności i powtarzalności odbierania odpadów komunalnych poszczególnych rodzajów;
 - nie powinien zawierać żadnych dodatkowych treści ponad informacje związane z wykonywaniem zamówienia, w szczególności reklam, informacji propagandowych itd.;
 - powinien wskazywać na daty odbierania poszczególnych rodzajów odpadów z nieruchomości.
- 9) Harmonogram powinien zostać przygotowany dla całej Gminy Ostrowiec Świętokrzyski.
- 10) Wykonawca umieści harmonogram na własnej stronie internetowej w terminie do 7 dni od dnia otrzymania harmonogramu akceptowanego przez Zamawiającego. Wykonawca eksponuje harmonogram przez cały okres na jaki został przygotowany. Zamawiający umieści harmonogram na własnej stronie internetowej.
- 11) Wykonawca jest zobowiązany do przekazania harmonogramu mieszkańcom nieruchomości w następujących formach:
- dla nieruchomości z zabudową jednorodziną - 1 egzemplarz w formie papierowej, obowiązek zostanie spełniony poprzez dostarczenie do skrzynki na listy, drogą pocztową, bezpośrednio do rąk mieszkańca danej nieruchomości;
 - dla nieruchomości z zabudową wielorodzinną - 1 egzemplarz w formie papierowej dla każdego zarządzającego nieruchomością w terminach:
 - w ciągu 7 dni od podpisania umowy w przypadku harmonogramu, o którym mowa w podpunkcie 4,
 - w ciągu 1 miesiąca od zaakceptowania harmonogramu, o którym mowa w podpunkcie 5.
- 12) W przypadku nowozgłoszonej nieruchomości (nieruchomość, która do tej pory nie była objęta systemem odbierania odpadów komunalnych), Wykonawca:
- dostarczy właścicielowi nieruchomości harmonogram odbierania odpadów w ciągu

siedmiu dni po dniu, w którym Zamawiający poinformuje Wykonawcę o tej nieruchomości,

b) będzie odbierał odpady z tej nieruchomości zgodnie z harmonogramem, począwszy od pierwszego najbliższego terminu po poinformowaniu go przez Zamawiającego.

13) W przypadku nieprzewidzianych okoliczności, za zgodą Zamawiającego, dopuszcza się zmianę terminu odbioru odpadów. Wykonawca odpowiedzialny jest w takim przypadku za niezwłoczne poinformowanie Zamawiającego oraz właścicieli nieruchomości.

14) Harmonogram co do treści i formy wymaga zatwierdzenia przez Zamawiającego. Wykonawca przekazuje Zamawiającemu harmonogram w formie pliku XML (lub innym uzgodnionym z Zamawiającym) bez zabezpieczeń i haseł. Zamawiający zaakceptuje harmonogram lub przedstawi uwagi do niego w terminie 7 dni od jego otrzymania. Wykonawca w terminie 7 dni wprowadzi uwagi Zamawiającego oraz przedstawi go do ponownej akceptacji. Zaakceptowany harmonogram Zamawiający niezwłocznie przekaze Wykonawcy.

15) Wykonawca dokona odbioru przeterminowanych leków zebranych w punktach zbiórki przeterminowanych leków w terminach uzgodnionych z przedstawicielami aptek, przychodni zdrowia, budynków użyteczności publicznej. Odbiór będzie następował w terminach zapobiegających przepelnianiu się pojemników”.

Jednocześnie w Załączniku nr 2 i 3 do SIWZ Zamawiający zamieścił odpowiednio wykaz nieruchomości wielorodzinnych i jednorodzinnych.

W § 1 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający wskazał: „Przedmiot umowy został szczegółowo określony w Opisie Przedmiotu zamówienia (...), który jest załącznikiem do niniejszej umowy”.

Zgodnie zaś z § 9 ust. 4 wzoru umowy Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej:

- 1) „w wysokości 200,00 zł za każdy przypadek nieodebrania z miejsca odbioru odpadów komunalnych w terminie określonym w harmonogramie. Kara będzie naliczana jako iloczyn kwoty 200,00 zł oraz liczby nieruchomości, z których nie odebrano odpadów w terminie zgodnym z harmonogramem.
- 2) w wysokości 300,00 zł za każdy dzień zwłoki w dostarczeniu Zamawiającemu harmonogramu w terminie, o którym mowa w pkt 10 ppkt 5 OPZ,
- 3) w wysokości 5.000,00 zł za niedostarczenie właścicielom nieruchomości harmonogramu zaakceptowanego przez Zamawiającego w terminach określonych w pkt 10 ppkt 11 OPZ. Za równoznaczną z niedostarczeniem harmonogramu uważa się sytuację, w której spośród 50 wybranych przez Zamawiającego właścicieli nieruchomości więcej niż 10 właścicieli nie otrzymało od Wykonawcy harmonogramu.

(...)

- 4) *w wysokości 200,00 zł za każdy dzień nie umieszczenia harmonogramu na stronie internetowej Wykonawcy w terminie, o którym mowa w pkt 10 ppkt 10 OPZ.*”

Odwołujący wraz z ofertą nie przedłożył przedmiotowego Harmonogramu.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał: *„W załączniku nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia w pkt 10, ppkt 4) Zamawiający żądał dołączenia do oferty „Pierwszego harmonogramu odbierania odpadów obejmującego okres od dnia 1 września 2016 r. do dnia 31 grudnia 2016 r.” Wykonawca do złożonej oferty nie dołączył żądanego harmonogramu.”*

Konsorcjum Fart-Bis przedłożył wraz z ofertą Harmonogram (str. 146 – 147 oferty), który obejmuje tylko miesiąc wrzesień br.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum Fart-Bis o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powodem odrzucenia oferty Przystępującego nie była okoliczność, że rzeczony Harmonogram nie obejmuje okresu do 31 grudnia 2016 r.

Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie, na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (pismo z dnia 19 sierpnia 2016 r.).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie (pismo z dnia 6 września 2016 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, treść oferty powinna pozwolić antycypować powstanie odpowiednio zindywidualizowanego stosunku umownego, dając podstawy do ustalenia z góry:

- 1) podmiotów (stron) proponowanej umowy,

- 2) jej przedmiotu, czyli powinno zachowania, którego umowa dotyczy (w stosunkach zobowiązaniowych chodzi o wskazanie świadczenia dłużnika), oraz
- 3) treści stosunku umownego, którą wyznaczają poszczególne prawa i obowiązki stron (art. 66 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp).

Oznacza to, że treść oferty określa stosunek zobowiązaniowy, w szczególności co do zakresu i przedmiotu świadczenia. Jednocześnie zauważyć należy, że treść oferty jest determinowana postanowieniami SIWZ, które określają zawartość oferty, zaś oferta w wyznaczonych ramach konkretyzuje treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego, zdaniem Izby, zakres powinno zachowania dłużnika (oferenta) i w konsekwencji treści stosunku umownego określona jest również przez treść spornego Harmonogramu. Należy bowiem zwrócić uwagę, że przedmiotowy Harmonogram niezależnie od tego, że miał być złożony wraz z ofertą, określa sposób realizacji zamówienia, stanowi konkretyzację obowiązków strony.

Wykonawca miał bowiem obowiązek sporządzenia Harmonogramu, który określa termin i miejsce odbioru odpadów, z uwzględnieniem poszczególnych rodzajów odpadów i częstotliwości oraz innych wytycznych, opracowanych przez Zamawiającego. Zatem, na podstawie rzeczonoego Harmonogramu, który zgodnie z wolą Zamawiającego, stanowił treść oferty, deklarował sposób spełnienia świadczenia.

W ocenie Izby, niezależnie od wskazania i woli Zamawiającego, że sporny Harmonogram ma stanowić treść oferty, jego treść jednoznacznie wskazuje, że szczegółowe oznaczenie obowiązków w zakresie terminu i miejsca odbioru odpadów komunalnych wyznacza treść stosunku zobowiązaniowego, a przez to stanowi treść oferty.

Okoliczność, że Zamawiający w treść SIWZ nie wskazał, a w szczególności nie wymienił rzeczonoego Harmonogramu w żadnym z wykazów dokumentów, jakie należy złożyć wraz z ofertą nie powoduje, że Harmonogram ten nie stanowi treści oferty. Po pierwsze bowiem Odwołujący nie dostrzega, że przedmiotowy Harmonogram wyznacza zakres świadczenia oferenta (dłużnika). Po drugie zaś, Odwołujący pomija, że jakkolwiek w treści SIWZ rzeczony dokument nie został wyspecyfikowany, to jednakże został wymieniony w Załączniku nr 1 do SIWZ, który z zgodnie z pkt 24, stanowi integralną jej część. Zaś w pkt 10 ppkt 4 tegoż Załącznika wprost wskazano, że Harmonogram należy złożyć wraz z ofertą.

Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje okoliczność, że sporny Harmonogram nie stanowi załącznika do umowy. Powyższe, zdaniem Izby, w żadnym razie nie świadczy o tym, że nie wyznacza on treści świadczenia. Odwołujący pomija bowiem, że już chociażby z faktem nieodebrania odpadów z miejsca ich odbioru w terminie określonym w Harmonogramie Zamawiający łączy obowiązek zapłaty kary umownej, zatem nie ulega wątpliwości, że określenie obowiązków Wykonawcy następuje również przez pryzmat treści rzeczonoego Harmonogramu (§ 9 ust. 4 pkt 3 wzoru umowy).

Nadto, nie można pomijać, że Zamawiający przewiduje również obowiązek zapłaty kary umownej w przypadku niedostarczenia Harmonogramu właścicielom nieruchomości, co tylko potwierdza, że po pierwsze, ów Harmonogram stanowi dla Zamawiającego dokument istotny, po drugie zaś, ma wpływ (determinuje) na sposób realizacji zamówienia i stanowi podstawę do oceny wykonania czy też nienależytego wykonania zobowiązania, a skoro tak, to oczywistym jest, że wyznacza treść повинного zachowania dłużnika.

Fakt, iż sporny Harmonogram wymaga akceptacji, w ocenie Izby, nie powoduje, że nie miał być dokumentem wiążącym strony postępowania po zawarciu umowy, wręcz przeciwnie, analiza treści postanowień wzoru umowy pokazuje, o czym była mowa wyżej, że dokument ten stanowi w określonym zakresie o sposobie realizacji umowy.

W ocenie Izby, zwrot „w celu akceptacji” należy interpretować w ten sposób, że Harmonogram jako treść oferty będzie podlegał ocenie, co przyznał sam Zamawiający. Zatem, poddane ocenie przedmiotowego dokumentu wskazuje, że Zamawiający traktował ten dokument jako istotny, a więc stanowiący, w określonym zakresie, o obowiązkach wykonawcy. Natomiast skutek wadliwej oceny, w ślad za powyższym, powinien być taki, iż oferta winna podlegać odrzuceniu (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zwrócić należy bowiem uwagę Zamawiającemu, że nie ma pola do zmiany Harmonogramu, już chociażby w świetle art. 84 ust. 1 ustawy Pzp i tego, że to wykonawca składa ofertę i czynności względem niej może podejmować wyłącznie on, bez udziału Zamawiającego.

Przyjęciu takiej oceny nie stoi na przeszkodzie, zdaniem Izby, okoliczność, iż na podstawie pkt 10 ppkt 14 przedstawienie przez Zamawiającego uwag do Harmonogramu rodzi konieczność jego zmiany przez Wykonawcę i poddanie go procedurze powtórnej akceptacji. W ocenie Izby, wskazana procedura dotyczy kolejnych harmonogramów, które treści oferty nie stanowiły. Świadczy o tym chociażby fakt, że przedmiotowa regulacja została zawarta w jednostce redakcyjnej, która odnosi się do harmonogramu dostarczanego w formie pliku XML i wyznacza terminy Zamawiającemu i wykonawcy co do odpowiednio wprowadzenia uwag i przedstawienia do ponownej akceptacji, co wskazuje, że dotyczy dalszych harmonogramów, bowiem sporny Harmonogram został przedłożony w formie pisemnej wraz z ofertą, a akceptacja, o której mowa co do Harmonogramu zawartego w ofercie nie odwołuje się, co oczywiste, do terminów jego weryfikacji.

Okoliczność, że Harmonogram miał być opracowany w ramach wytycznych Zamawiającego nie odbiera mu cech istotnego dokumentu, określającego zakres świadczenia. Dostrzec należy, co Odwołujący pomija, że Zamawiający wyznaczył jedynie ramy zakresu świadczenia, natomiast jego konkretyzacja następowała również w Harmonogramie. Zatem, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie tylko opis przedmiotu zamówienia wyznacza zakres świadczenia.

Izba nie podziela twierdzeń Odwołującego, że sporny Harmonogram należy zaliczyć

do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Po pierwsze bowiem, katalog dokumentów, o którym mówi wskazany przepis określa Zamawiający i Odwołujący nie może się domagać, aby pomimo, iż nie wynika to z SIWZ, rzeczony dokument kwalifikować w oderwaniu od postanowień SIWZ i wbrew woli Zamawiającego. Po drugie zaś, Odwołujący pomija, że treść i charakter tego dokumentu, o czym była mowa wyżej, wskazują, że stanowi on treść oferty, określa bowiem sposób świadczenia przez Wykonawcę. Natomiast dokument służący potwierdzeniu, iż oferowana usługa spełnia wymagania Zamawiającego nie wyznacza powinno zachowania dłużnika, ale referuje do cech przedmiotu oferty. Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za nietrafny.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostaje okoliczność, że w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu przedstawienie harmonogramu było wymagane dopiero po zawarciu umowy. Okoliczność ta nie może być podstawą, wbrew twierdzeniom Odwołującego, do oceny, że sporny Harmonogram nie ma istotnego znaczenia. Oczywiście jest, że charakteru dokumentów w danym postępowaniu nie można oceniać przez pryzmat innego postępowania.

Irrelevantna dla sprawy pozostaje również okoliczność, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi jest już terminem nierealnym do dotrzymania. Powyższe nie stoi na przeszkodzie realizacji świadczenia, zgodnie z Harmonogramem, który obejmuje okres do 31 grudnia 2016 r.

Dodatkowo wskazać należy, że Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że postanowienia SIWZ, dotyczące przedmiotowego Harmonogramu, mogą rodzić wątpliwości, co do jego charakteru. W ocenie Izby, treść rzeczonych postanowień pozwala na sklasyfikowanie owego Harmonogramu jako treści oferty, o czym szerzej była mowa wyżej i wprost wskazuje na jego obowiązek przedłożenia wraz z ofertą. Zatem, nie może być mowy o negatywnych skutkach, które Wykonawca poniósł w związku z niejasnym brzmieniem SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, odrzucenie oferty Odwołującego było zasadne, a zatem zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Jeśli idzie o zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, że Zamawiający uchybił zasadzie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, bowiem w świetle powołanych postanowień SIWZ, nie ulega wątpliwości, iż Harmonogram winien obejmować okres do 31 grudnia 2016 r., tymczasem zaś przygotowany przez Konsorcjum Fart-Bis Harmonogram został sporządzony wyłącznie w odniesieniu do miesiąca września br.

Zamawiający w tej sytuacji miał obowiązek wskazania przedmiotowej okoliczności jako podstawy odrzucenia oferty Przystępującego. Okoliczność, że Wykonawca został wykluczony, a jego oferta odrzucona pozostaje bez wpływu na ocenę przedmiotowego zarzutu. Z przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy wyprowadzić normę, zgodnie z którą Zamawiający winien wskazać wszystkie okoliczności faktyczne, skutkujące odrzuceniem oferty wykonawcy. Ustawodawca w tym przedmiocie nie dokonał żadnej gradacji.

Powyższe naruszenie pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania, bowiem Odwołujący nie sformułował zarzutów i żądań zmierzających do odrzucenia oferty swojego przeciwnika, który jednocześnie kwestionował podjęte wobec niego czynności (wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty).

Zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został przez Odwołującego oparty na twierdzeniu, że unieważnienie postępowania nie było uzasadnione, w sytuacji, w której złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, a skoro okoliczności te się nie potwierdziły to zarzut ten należało uznać za chybiony.

Niezależnie od powyższego, na marginesie należy dodać, że Izba stoi na stanowisku, iż przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp), o czym szerzej w rozważaniach uczynionych na kanwie sprawy o sygn. akt: 1615/16.

Sygn. akt: KIO 1615/16

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec wykluczenia Odwołującego z postępowania, odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki, względnie poprzez zaniechanie poprawienia w tej ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ;
- 3) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego;
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5 k.c. poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania;
- 5) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wykluczenia go z postępowania;
4. poprawienia oferty Odwołującego w zakresie pkt VI ppkt 4 Formularza ofertowego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy , względnie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez prawidłowe obliczenie wyniku działania matematycznego (10% z ceny oferty Odwołującego).

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że pismem z dnia 19 sierpnia 2016 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że w SIWZ sformułował wymóg wniesienia przez wykonawcę, którego oferta uznana zostanie za najkorzystniejszą, zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie. W dalszej części uzasadnienia, jak podał Odwołujący, Zamawiający wskazał: *„Wykonawca w formularzu ofertowym zobowiązał się do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w kwocie 159.060,00 zł, co powtórzył słownie, kwota ta stanowi 1% ceny ofertowej wykonawcy. Zamawiający nie mógł poprawić błędnie wpisanej kwoty zabezpieczenia, ponieważ omyłka ta nie ma charakteru oczywistej omyłki rachunkowej”*.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, iż w SIWZ sformułował wymóg wniesienia, przed upływem terminu składania ofert, tj. do 8 sierpnia 2016 r. godz. 9.30, wadium w kwocie 150.000,00 zł. W dalszej części uzasadnienia, jak podał Odwołujący, Zamawiający wskazał: *„Wykonawca dołączył do oferty „Potwierdzenie wykonania operacji” z dnia 05.08.2016 r. 15:56:59 na kwotę 150.000,00 zł, jednak kwota ta na żaden rachunek Gminy Ostrowiec Świętokrzyski nie wpłynęła”*.

Odwołujący wskazał, że uwzględniając powyższe oraz okoliczność, w której również pozostałe oferty zostały odrzucone, Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, że w treści swojej oferty złożył jednoznaczne oświadczenie, stanowiące jego zobowiązanie do wniesienia, wymaganego treścią SIWZ, zabezpieczenia należytego

wykonania umowy w wysokości 10% ceny ofertowej brutto. W pkt VI ppkt 4 Formularza ofertowego Odwołujący złożył następujące oświadczenie: „Zobowiązujemy się - w przypadku wygrania przetargu - do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny ofertowej brutto tj. w kwocie 159.060,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt dziewięć tysięcy sześćdziesiąt zł) w formie gwarancji ubezpieczeniowej”.

Odwołujący wyjaśnił, że wskazana, w cytowanym wyżej punkcie oferty, błędna wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy, stanowi jedynie wynik oczywistej omyłki rachunkowej, popełnionej przy obliczeniu kwoty stanowiącej równowartość deklarowanego poziomu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, tj. 10% ceny oferty.

Odwołujący zauważył, że Formularz ofertowy, sporządzony został przez Odwołującego, na wzorze przygotowanym przez Zamawiającego (załącznik nr 7 do SIWZ). W pkt VI ppkt 4 tego Formularza, poprzez użycie sformułowania „w wysokości 10% ceny ofertowej tj. w kwocie (...)”, Zamawiający podkreślił, jak dostrzegł Odwołujący, że podawana w nim, poza wymaganym poziomem procentowym zabezpieczenia („10%”), kwota tego zabezpieczenia, miała stanowić jedynie wynik działania matematycznego, polegającego na obliczeniu kwoty, stanowiącej równowartość 10% ceny oferty. Jak zatem widać, zdaniem Odwołującego, podawany w pkt VI ppkt 4 Formularza ofertowego, wynik działania matematycznego był wtórny w stosunku do deklarowanego poziomu procentowego zabezpieczenia tj. 10%.

Potwierdzeniem tezy, że dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ znaczenie miało złożenie oświadczenia o wniesieniu zabezpieczenia w wysokości 10% ceny oferty, a nie obliczona wysokość tego zabezpieczenia, jest, w ocenie Odwołującego, okoliczność, że Zamawiający określił wysokość wymaganego zabezpieczenia nie poprzez wskazanie konkretnej kwoty, ale poprzez podanie wymaganego poziomu procentowego tego zabezpieczenia.

Zdaniem Odwołującego, brak zasadności stanowiska Zamawiającego wynika ponadto z praktycznych względów. Otóż, nierzadko zdarza się, jak zauważył Odwołujący, że podawana przez wykonawców w ofercie cena oferty podlega zmianom wskutek poprawienia przez zamawiającego omyłek w obliczeniu ceny tej oferty (art. 87 ust. 2 pkt 2 lub pkt 3 ustawy Pzp). Zmiany takie mogą skutkować obniżeniem/podwyższeniem ceny oferty nawet o kilkanaście procent.

Należałoby się w tej sytuacji zastanowić, zdaniem Odwołującego, jaki sens miałyby podawanie przez wykonawców już w ofercie wartości zabezpieczenia, stanowiącego wynik obliczenia procentowej wysokości zabezpieczenia w stosunku do „pierwotnej” ceny oferty, skoro po dokonaniu poprawek ceny oferty, podawana w ten sposób wysokość zabezpieczenia, nigdy nie stanowiłaby równowartości wymaganego poziomu procentowego faktycznej ceny oferty.

Przykładowo, jak podał Odwołujący, czy gdyby Odwołujący w sposób prawidłowy obliczył i podał w ofercie kwotę stanowiącą 10% ceny oferty, a następnie Zamawiający poprawił w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp cenę jego oferty (okoliczność ta miała faktycznie miejsce w stosunku do oferty Odwołującego - pismo Zamawiającego z dnia 19 sierpnia 2016 r.), to czy oferta Odwołującego zostałaaby odrzucona, skoro podana w niej wysokość zabezpieczenia nie odpowiadałaby 10% faktycznej (po poprawce) cenie oferty.

Odwołujący dodatkowo wskazał, że w pkt VI ppkt 3 Formularza ofertowego złożył oświadczenie o zobowiązaniu się do zawarcia umowy na warunkach określonych we wzorze umowy (Załącznik 8 do SIWZ), w tym na warunkach określonych w § 10 ust. 1 tego wzoru, gdzie wprost mowa jest o obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny oferty.

Uwzględniając powyższe, należy stwierdzić, zdaniem Odwołującego, że brak jest niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie wymaganego przez Zamawiającego poziomu zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odwołujący podał, że złożył jednoznaczne oświadczenie o zobowiązaniu się do wniesienia, wymaganego treścią SIWZ, zabezpieczenia, stanowiącego równowartość 10% ceny oferty. Zaś, błędnie podana w Formularzu ofertowym kwota, stanowiąca równowartość 10% ceny oferty jest, w opinii Odwołującego, jedynie skutkiem omyłki rachunkowej. Błędnie podany wynik działania matematycznego (10% z ceny oferty) nie świadczy, zdaniem Odwołującego, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający, w ocenie Odwołującego, w sposób dowolny przyjął, że treścią oferty Odwołującego jest zobowiązanie się do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy jedynie w wysokości 1% ceny oferty.

W przedmiocie naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, względnie ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, iż w jego opinii, poprawienie pkt VI ppkt 4 Formularza ofertowego, poprzez prawidłowe obliczenie kwoty stanowiącej 10% ceny oferty, nie jest niezbędne do doprowadzenia treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący zauważył, że dla przyjęcia zgodności treści oferty z treścią SIWZ, w zakresie wymaganego poziomu zabezpieczenia, wystarczająca jest okoliczność jednoznacznego zadeklarowania przez Odwołującego wniesienia zabezpieczenia w wysokości 10% ceny oferty. Zdaniem Odwołującego, obliczenie tej kwoty, na obecnym etapie, jest wtórne i nie ma wpływu na ocenę treści oferty.

Jednakże, z ostrożności, na wypadek przyjęcia odmiennego stanowiska, Odwołujący wskazał, że przedmiotowa niezgodność winna zostać poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Bezpodstawne jest zatem, w ocenie Odwołującego, stwierdzenie Zamawiającego, iż: „Zamawiający nie mógł poprawić w ofercie błędnie wpisanej kwoty

zabezpieczenia, ponieważ omyłka ta nie ma charakteru oczywistej omyłki rachunkowej”.

W odniesieniu do tego stwierdzenia, zdaniem Odwołującego, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający w ogóle nie wyjaśnia, dlaczego uznaje, iż błędny wynik działania matematycznego, polegającego na obliczeniu 10% z ceny oferty nie może być kwalifikowany, jako oczywista omyłka rachunkowa.

Odwołujący stwierdził, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp znajduje zastosowanie nie tylko do omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny oferty. Przeciwnie twierdzenie nie znajduje oparcia w treści art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro Zamawiający wymagał nie tylko, co byłoby w pełni wystarczające, złożenia oświadczenia o wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny oferty, ale również wymagał obliczenia kwoty tego zabezpieczenia, tj. podania równowartości 10% ceny oferty, to tym samym, w ocenie Odwołującego, nie może on uchylać się od obowiązku poprawienia ewentualnych omyłek wykonawców w zakresie tych obliczeń.

Odwołujący zauważył, że w orzeczeniu KIO z dnia 19 marca 2015 r. sygn. akt KIO 431/15 wskazano: *„Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) zamawiający ma obowiązek poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie wykonawcy oraz konsekwencji tych poprawek. Za takie omyłki niewątpliwie należy uznać nieprawidłowe działanie matematyczne polegające na nieprawidłowym przemnożeniu poszczególnych stałych wartości w ofercie wykonawcy, które to działanie matematyczne w ofercie wykonawcy dawało nieprawidłowy wynik”.*

Zdaniem Odwołującego, skoro stałymi wartościami w ofercie były cena oferty oraz deklarowany poziom procentowy zabezpieczenia (10% ceny oferty), to obliczenie wyniku 10% z ceny oferty było klasycznym przykładem działania matematycznego. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, ewentualne omyłki w zakresie tego działania winny zostać poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł ponadto, że w okolicznościach faktycznych konieczne jest przyjęcie, że błędny wynik działania matematycznego był wynikiem oczywistej omyłki Odwołującego, a nie jego celowego działania. Za takim stwierdzeniem, zdaniem Odwołującego, przemawia w szczególności treść pkt VI ppkt 3 i 4 Formularza ofertowego. Istotne jest również podkreślenie, w opinii Odwołującego, że Zamawiający sam kwalifikuje tę „niezgodność” jako omyłkę. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, jak podał Odwołujący, wskazał on: *„Zamawiający nie mógł poprawić w ofercie błędnie wpisanej kwoty zabezpieczenia, ponieważ omyłka ta nie ma charakteru oczywistej omyłki rachunkowej”.*

Uwzględniając powyższe, zasadny jest, zdaniem Odwołującego, zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki w pkt VI ppkt 4 Formularza ofertowego, która polega na podaniu niewłaściwego wyniku działania

matematycznego tj. obliczenia 10% z ceny oferty.

Odwołujący wskazał ponadto, że poprawienie omyłki z pkt VI ppkt 4 Formularza ofertowego może nastąpić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi bowiem podstawę do poprawienia w ofercie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, które mają charakter nawet nieoczywistych omyłek. Jeżeli zatem Zamawiający uznawał, że omyłka z pkt VI ppkt 4 Formularza ofertowego nie ma charakteru oczywistej, to winien był ją poprawić, w ocenie Odwołującego, w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, że nie jest w stanie podjąć z Zamawiającym polemiki, co do istnienia podstaw zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż brak jest w piśmie o odrzuceniu oferty Odwołującego jakiegokolwiek uzasadnienia w tym zakresie (wadliwość ta jest przedmiotem odrębnego zarzutu). Sam brak wykazania, że oferta Odwołującego nie podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zdaniem Odwołującego, stanowi samodzielną podstawę do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Poprzez brak jakiegokolwiek odniesienia się do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający nie wykazał bowiem podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że w świetle okoliczności podanych przez niego w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezgodność winna zostać poprawiona, co najmniej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zmiana dokonana w pkt VI ppkt 4 Formularza ofertowego, zdaniem Odwołującego, nie będzie stanowiła zmiany istotnej, skoro poprawka polegać będzie jedynie na podaniu prawidłowego wyniku działania matematycznego w oparciu o stałe wartości podane w ofercie (procentowa wysokość zabezpieczenia oraz cena oferty). Ponadto, w ocenie Odwołującego, nie sposób przyjąć, że zmiana ta dotyczyłaby istotnych postanowień przyszłej umowy (*essentialia negotii*). Odwołujący ponownie wskazał również, że Zamawiający przyznał, iż ta „niezgodność” ma charakter omyłki.

Odwołujący przywołał dodatkowo zasadnicze tezy wyroku KIO z dnia 5 listopada 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1452/09, gdzie w analogicznym stanie faktycznym Izba nakazała poprawienie wskazanej wysokości zabezpieczenia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp: *„Dokonanie zmiany w przedmiocie zabezpieczenia należytego wykonania umowy zdaniem Izby, nie spowoduje istotnych zmian w treści ofert. (...) Nie budzi wątpliwości Izby, iż działanie Odwołującego się jest skutkiem popełnionego błędu. Wskazuje na to nie tylko przebieg rozprawy, ale również sama treść złożonej oferty. W formularzu ofertowym Odwołujący się potwierdził bowiem, iż zapoznał się z treścią SIWZ (pkt 4 pakt 1) oraz akceptuje bez zastrzeżeń wzór umowy (pkt 4 ppkt 6), z obu zaś dokumentów, wynika wysokość zabezpieczenia. (...) Dodatkowo, wskazać należy, iż popełniona omyłka może być*

poprawiona przez Zamawiającego właściwie bez udziału Wykonawcy (poza obligatoryjnym wyrażeniem zgody na jej poprawienia), bowiem sposób jej poprawienia, wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, nie pozostawia Zamawiającemu możliwości arbitralnych decyzji i w żadnym razie nie wymaga dokonania jakichkolwiek uzgodnień, czy konsultacji z Odwołującym się. Wartość zabezpieczenia determinowana jest przez wskaźnik procentowy odniesiony do wartości oferty, a ustalony przez Zamawiającego. (...) Zabezpieczenie jest pochodną ceny, a nie odwrotnie.”

W powyższych okolicznościach, w ocenie Odwołującego, zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący podniósł, że stosownie do treści art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest podać w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnienie faktyczne oraz prawne odrzucenia oferty. Podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego stanowił art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie, z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odrzucając ofertę na tej podstawie Zamawiający zobowiązany jest zatem wykazać, zdaniem Odwołującego, że w danym przypadku nie jest możliwe zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brak uzasadnienia w tym zakresie stanowi, w ocenie Odwołującego, naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W oparciu o otrzymane uzasadnienie odrzucenia swojej oferty Odwołujący stwierdził, że brak jest w nim uzasadnienia faktycznego dla niezastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający podał jedynie, jak zauważył Odwołujący, że przedmiotowa omyłka nie ma charakteru oczywistej omyłki rachunkowej, a zatem odnosił się wyłącznie do art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W zaistniałych okolicznościach, zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest zatem, w ocenie Odwołującego, uzasadniony.

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący podał, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający stwierdził: *„Wykonawca dołączył do oferty „Potwierdzenie wykonania operacji” z dnia 05.08.2016 r. 15:56:59 na kwotę 150.000,00 zł, jednak kwota ta na żaden rachunek Gminy Ostrowiec Świętokrzyski nie wpłynęła”*. Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, że podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania było ustalenie, że kwota wadium nie wpłynęła na *„żaden rachunek Gminy Ostrowiec Świętokrzyski”*.

Odwołujący potwierdził, że dokonany przez niego w dniu 5 sierpnia 2016 r. przelew kwoty 150.000,00 zł, tytułem wadium, w przedmiotowym postępowaniu, nie wpłynął na *„żaden rachunek Gminy Ostrowiec Świętokrzyski”*. Brak ten wynika jednak, jak wskazał Odwołujący, z winy Zamawiającego, czego zdaje się on nie dostrzegać.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że wymagania związane z wniesieniem wadium określone zostały przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ. Jak podał Odwołujący, w sekcji III.1.1) pkt 3 określono, m.in. w szczegółowy sposób wymagania, dotyczące wniesienia wadium w formie pieniężnej:

„3. Wadium może być wnoszone w następujących formach:

- *pieniądzu - płatne przelewem na konto: 71124013721111 0010 4648 7967*
- *poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym,*
- *gwarancjach bankowych,*
- *gwarancjach ubezpieczeniowych,*
- *poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6 b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r., Nr 42, poz. 275).”*

Analogiczne postanowienie, jak podał Odwołujący, znalazło się w SIWZ, gdzie w pkt 10 ppkt 2 wskazano:

„10.2 Wadium może być wnoszone w następujących formach:

- *pieniądzu - płatne przelewem na konto: 71124013721111 0010 4648 7967*
- *poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym,*
- *gwarancjach bankowych,*
- *gwarancjach ubezpieczeniowych,*
- *poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6 b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r., Nr 42, poz. 275).”*

Z powyższych postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, zdaniem Odwołującego, wynikało w sposób jednoznaczny, że w celu wypełnienia wymagań SIWZ, wadium w formie pieniężnej winno być zostać wpłacone na konto o numerze: 711240 1372 11110010 4648 7967.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 5 sierpnia 2016 r. (piątek), na kilka dni przed otwarciem ofert (8 sierpnia 2016 r. - poniedziałek), Odwołujący wykonał, za pomocą systemu SORBNET (płatności w tym systemie dokonywane są praktycznie natychmiast), przelewu kwoty 150.000,00 zł, na konto wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, tytułem wpłaty wadium w przetargu.

Dalej Odwołujący podał, że w dniu 8 sierpnia 2016 r. po godzinie 11.00, a zatem już po upływie terminu składania ofert, pracownik Odwołującego stwierdził, że w jego systemie bankowym widnieje zwrot kwoty 150.000,00 zł z godziny 08:00 z dnia 8 sierpnia 2016 r.,

wynikający z odrzucenia przelewu z dnia 5 sierpnia 2016 r., w związku z brakiem istnienia rachunku docelowego, tj. 7112401372 11110010 4648 7967.

Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, w sposób jednoznaczny, że przyczyną braku wniesienia przez Odwołującego wadium było podanie przez Zamawiającego błędnego numeru konta do jego wpłaty w formie pieniężnej. Nie jest bowiem tak, w ocenie Odwołującego, jak wskazuje w swoim piśmie Zamawiający, że kwota wadium nie wpłynęła „na żaden rachunek Gminy Ostrowiec Świętokrzyski”, bowiem kwota wadium nie wpłynęła na konkretny rachunek, tj. podany w ogłoszeniu oraz SIWZ, tj. 711240 1372 1111 0010 4648 7967. Odwołujący podniósł, że wykonawcy zobowiązani byli wpłacić wadium nie, jak zdaje się sugerować Zamawiający, na „jakikolwiek” rachunek Gminy Ostrowiec Świętokrzyski, ale na konkretny, podany w dokumentacji przetargu rachunek.

Odwołujący wskazał, że ogłoszenie o zamówieniu, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nie zostało zmienione w zakresie sekcji III.1.1) pkt 3, określającej numer konta do wpłaty wadium (zgodnie z formularzem ogłoszenia obligatoryjnym jego elementem jest podanie informacji dotyczących wadium).

Analogiczna sytuacja miała miejsce, jak podał Odwołujący, w odniesieniu do SIWZ. Na stronie internetowej Zamawiającego (<http://bip.um.ostrowiec.pl>) w zakładce „przetargi”, jak wyjaśnił Odwołujący, w odniesieniu do przedmiotowego postępowania, brak było jakiegokolwiek informacji o zmianie SIWZ w omawianym zakresie. Podobnie na stronie <http://www.um.ostrowiec.pl> w zakładce „przetargi”, jak podał Odwołujący, w odniesieniu do przedmiotowego postępowania, brak było jakiegokolwiek informacji o dokonaniu zmiany SIWZ.

Odwołujący wskazał, że stosownie do treści art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający uprawniony jest do dokonania zmiany SIWZ, jednakże najpóźniej do upływu terminu składania ofert. Warunkiem dokonania zmiany SIWZ jest ponadto, jak wyjaśnił Odwołujący, jednoznaczne poinformowanie o niej wykonawców poprzez zamieszczenie informacji o stosownej zmianie na stronie internetowej, na której udostępniana była SIWZ. Odwołujący podał, że do upływu terminu składania ofert Zamawiający nie dokonał, w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zmiany SIWZ w części określającej numer konta do wpłaty wadium, jak również nie poinformował o likwidacji konta wskazanego w SIWZ.

Zaznaczyć należy, zdaniem Odwołującego, że stosownie do treści art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, dodatkowym warunkiem dokonania skutecznej zmiany SIWZ, prowadzącej do zmiany ogłoszenia o zamówieniu, jest przekazanie do publikacji do Dziennika Urzędowego UE ogłoszenia dodatkowych informacji. Odwołujący wyjaśnił, że do dnia składania ofert żadna zmiana ogłoszenia w przedmiotowym zakresie nie została dokonana.

Niezależnie od okoliczności, w której Zamawiający w ogóle nie dokonał zmiany ogłoszenia oraz SIWZ w zakresie numeru konta do wpłaty wadium wskazać należy, w ocenie Odwołującego, że stosownie do art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp ewentualna zmiana

ogłoszenia w części dotyczącej wadium winna była skutkować zapewnieniem minimum 15-dniowego terminu składania ofert, liczonego od dnia przekazania zmiany ogłoszenia do publikacji. Tego rodzaju przesunięcie terminu składania ofert, jak podał Odwołujący, nie miało miejsca.

W świetle wskazanych powyżej okoliczności, zdaniem Odwołującego, należy stwierdzić, że poprzez podanie błędnego numeru konta do wpłaty wadium Zamawiający uniemożliwił wykonawcom wniesienie wadium w formie pieniężnej. Brak wniesienia tego wadium nie wynikał zatem z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Odpowiedzialność za ten stan rzeczy, w ocenie Odwołującego, ponosi wyłącznie Zamawiający. Odwołujący dostrzegł, że działając w ten sposób, Zamawiający sam pozbawił się możliwości otrzymania wadium, co w praktyce oznacza, że zaakceptował sytuację, w której nie otrzyma on wadium od wykonawców zamierzających wnieść je w formie pieniężnej.

W tych okolicznościach wykluczenie Odwołującego z postępowania z powołaniem się na brak wniesienia przez niego wadium musi zostać uznane, zdaniem Odwołującego, jako dokonane z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Oczywistym jest, w ocenie Odwołującego, że wykluczenie z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy w warunkach zamówienia żądanie wniesienia wadium zostało skutecznie sformułowane. Jak podał Odwołujący, Zamawiający uniemożliwił wniesienie wadium w formie pieniężnej. W praktyce oznacza to, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający nie może egzekwować spełnienia tego „wymogu” od wykonawców, w szczególności tych, którzy, jak Odwołujący, zamierzali wnieść wadium w formie pieniężnej.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym stanie faktycznym jego wykluczenie, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, stanowi nadużycie prawa ze strony Zamawiającego. Odwołujący podał, że stosownie do treści art. 5 k.c., mającego zastosowanie w postępowaniu na podstawie odesłania z art. 14 ustawy Pzp, nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zastosowanie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie może być zatem uznane, w ocenie Odwołującego, za prawidłowe wykonanie prawa, a w konsekwencji działanie takie nie korzysta z ochrony i winno zostać uchylone.

Odwołujący podniósł ponadto, że zgodnie z doktryną, wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wadliwych działań zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, zaniechanie zmiany numeru konta, na które należało wpłacić wadium (przy jednoczesnej likwidacji konta wskazanego w ogłoszeniu oraz SIWZ), stanowiące naruszenie wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp, nie może pociągać dla Odwołującego negatywnych skutków.

Jak podał Odwołujący, zasadność przedstawionej powyżej argumentacji

Odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO. W wyroku z dnia 26 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 994/15, dotyczącym tożsamego stanu faktycznego Izba wskazała: *„Słusznie zamawiający w tych okolicznościach nie skorzystał z dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przewidującej wykluczenie wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, ponieważ zamawiający uniemożliwił jego wniesienie wykonawcom składającym oferty. Skorzystanie z tego prawa stanowiłoby nadużycie prawa. Bowiem w myśl art. 5 k.c. w związku z art. 14 ustawy nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego w tym wypadku zamawiającego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.”*

Zatem, zdaniem Odwołującego, w opisanych powyżej okolicznościach, zasadny jest zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, zasadny jest ponadto zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wykluczenie Odwołującego z postępowania oznacza bowiem, że w korzystniejszej sytuacji postawieni zostali wykonawcy wnoszący wadium w innej formie niż pieniężna. Tymczasem, Zamawiający nie ma podstaw do preferowania wykonawców w zależności od wybranej przez nich formy wniesienia wadium. Na przeszkodzie wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stoi zatem, w ocenie Odwołującego, przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskutek podniesionych w niniejszym odwołaniu zarzutów, dotyczących bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego oraz jego wykluczenia z postępowania, należy uznać, zdaniem Odwołującego, że zasadny jest zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie (pismo z dnia 7 września 2016 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pkt 20 ppkt 1 SIWZ zawarte jest następujące postanowienie: *„Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, zobowiązany jest wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie.”*

We wzorze Formularza ofertowego w pkt VI ppkt 4 zamieszczono postanowienie o treści: *„Zobowiązujemy się – w przypadku wygrania przetargu – do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny ofertowej brutto, tj. w kwociezł, słownie:, w formie”*.

Odwołujący za realizację przedmiotu zamówienia zaoferował cenę 15.906.000,10 zł, zaś w pkt VI ppkt 4 rzeczonoego Formularza ofertowego zadeklarował wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 159.060,00 zł.

Zgodnie z pkt 10 ppkt 10.1 SIWZ *„Wykonawca jest zobowiązany wnieść, przed terminem składania ofert, tj. do 08 sierpnia 2016 r. do godz. 9:30, wadium w kwocie 150 000,00 zł (...) przy czym wadium wniesione w pieniądzu musi znajdować się na koncie zamawiającego przed upływem terminu składania ofert”*. Natomiast w ppkt 10.2 SIWZ postanowiono: *„Wadium może być wnoszone w następujących formach: - pieniądzu – płatne na konto: 71 1240 1372 1111 0010 4648 7967”*.

Analogiczne postanowienie znajduje się w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.1.1) pkt 2 i 3.

Odwołujący wraz z ofertą przedłożył potwierdzenie wykonania przelewu w dniu 5 sierpnia 2016 r. na kwotę 150.000,00 zł (str. 148 oferty).

Pismem z dnia 19 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał: *„Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ, wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy (cytat): „Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, zobowiązany jest wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie”*.

Wykonawca w formularzu ofertowym zobowiązał się do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w kwocie 159 060,00 zł, co powtórzył słownie, kwota ta stanowi 1% ceny ofertowej Wykonawcy. Zamawiający nie mógł poprawić w ofercie błędnie wpisanej kwoty zabezpieczenia, ponieważ omyłka ta nie ma charakteru oczywistej omyłki rachunkowej.

Skutkiem czego oferta dotknięta tą omyłką podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. (...)

Ponadto w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający żądał od wykonawców wniesienia wadium. Zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w SIWZ Zamawiający zamieścił wymagania dotyczące wadium (cytat): „Wykonawca jest zobowiązany wnieść, przed terminem składania ofert tj. do 08 sierpnia 2016 r. do godz. 9:30, wadium w kwocie

150 000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy zł 00/100) przy czym wadium wniesione w pieniądzu musi znajdować się na koncie Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert”.

Wykonawca dołączył do oferty „Potwierdzenie wykonania operacji” z dnia 05.08.2016 r. godz. 15:56:59 na kwotę 150 000,00 zł, jednak kwota ta na żaden rachunek Gminy Ostrowiec Świętokrzyski nie wpłynęła.

W związku z powyższym Wykonawca Konsorcjum: (...) podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp ponieważ do upływu terminu składania ofert (tj. do 08.08.2016 r. do godz. 9:30) nie wniosło wadium, a jego ofertę, zgodnie z art. 24 ust. 4 uznaje się za odrzuconą.

Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie, na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (pismo z dnia 19 sierpnia 2016 r.).

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentu „Potwierdzenie wykonanej operacji”, wygenerowanego elektronicznie z systemu bankowości elektronicznej i ustaliła, że w dniu 8 sierpnia 2016 r. nastąpił zwrot na rachunek bankowy Odwołującego kwoty, stanowiącej wartość wadium wpłaconego w niniejszym postępowaniu, z uwagą, że rachunek odbiorcy przelewu jest zamknięty.

Bezsporne między stronami jest, że Zamawiający nie zmodyfikował treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie dotyczącym numeru rachunku bankowego, na który należy wpłacić wadium. Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z zrzutu ze strony internetowej, znajdującej się pod adresem: www.um.ostrowiec.pl, na okoliczność, że Zamawiający zamieścił informację o zmianie konta bankowego ustalając, że w zakładce przetargi znajduje się informacja o zmianie rachunku bankowego Zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z zrzutu ze strony internetowej, znajdującej się pod adresem: www.bip.um.ostrowiec.pl, na okoliczność, że Zamawiający nie zamieścił informacji o zmianie konta bankowego ustalając, że w zakładce przetargi nie znajduje się informacja o zmianie rachunku bankowego Zamawiającego.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z pozostałych zrzutów z podanej strony internetowej Zamawiającego na okoliczność dotychczasowej praktyki Zamawiającego w tym zakresie uznając, że okoliczność ta nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, nie zaktualizowały się przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego w trybie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W świetle powołanego przepisu

zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty danego wykonawcy jest możliwe po uprzednim ustaleniu, że stwierdzone w przedmiotowej ofercie omyłki nie należą do kategorii określonych w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W tym miejscu uzasadnione wydaje się więc dokonanie szczegółowej analizy przedmiotowego przepisu.

Stosownie natomiast do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Wprowadzenie powołanego przepisu miało na celu umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją, oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty.

Zamiar ten ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób następujący: „*W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą*

pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Jednocześnie Izba uznaje za trafne stanowisko prezentowane w orzecznictwie, że „*omyłka rachunkowa w ofercie występuje w sytuacji, gdy wykonawca w sposób niezamierzony, niechcący, wskutek pomylenia się, przedstawia błędny wynik działań arytmetycznych*” (wyrok KIO z dnia 12 lutego 2016 r., sygn. akt: 124/16), a także, iż „*błąd w postaci omyłki rachunkowej musi polegać na błędnym wyliczeniu - na podstawie danych wyjściowych, bezspornych - przyjętych przez zamawiającego, tak aby można było bezsprzecznie stwierdzić niezmiennosc danych i dokonać właściwego poprawienia takiej omyłki*” (wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2016 r., sygn. akt: KIO 2834/15).

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że jakkolwiek kwota zabezpieczenia należytego wykonania umowy wskazana w ofercie Odwołującego nie odpowiada poziomowi zabezpieczenia, wymaganego przez Zamawiającego, to w ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy należy tę wadliwość kwalifikować jak oczywistą omyłkę rachunkową.

Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia fakt, że rzeczona kwota jest wynikiem błędnego działania arytmetycznego wykonanego przez Odwołującego i nie powinno to budzić żadnych wątpliwości. Jeśli bowiem w treści oferty Wykonawca miał zadeklarować kwotę rzeczonoego zabezpieczenia w wysokości 10% wartości ceny oferty, to jasnym jest, że nieprawidłowe wskazanie tej kwoty stanowi efekt obciążonych błędem działań matematycznych.

Jednocześnie kwestionowana wartość zabezpieczenia odpowiada 1% zamiast 10% ceny oferty, co utwierdza w przekonaniu, że jest ona wynikiem pomyłki popełnionej przez Odwołującego, bowiem pozostaje w korelacji z ceną oferty. Powyższe oznacza, że Odwołujący prawidłowo zrozumiał i zastosował, skądinąd prosty mechanizm wskazany przez Zamawiającego, aby wartość zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowiła określony procent ceny oferty. Odwołujący nie podołał jedynie właściwemu obliczeniu wymaganej kwoty.

Jednocześnie należy przyjąć, że sam fakt popełnienia omyłki nie powinien budzić wątpliwości, bowiem nie sposób wykonawcy, który chce uzyskać zamówienie przypisać intencjonalne działanie w istocie na swoją niekorzyść. Z pewnością nie jest więc tak, że

Odwołujący podając kwotę zabezpieczenia działań rozmyślnie, bo to przeczyłoby racjonalności Wykonawcy, czego nie da się uzasadnić.

Natomiast za tym, że omyłka ma charakter oczywisty przemawia okoliczność, iż na pierwszy rzut oka widać, iż zamiast mnożnika 10% przyjęto 1%, co szczególnie wyraźnie obrazuje i eksponuje popełnioną omyłkę.

W tych okolicznościach, w ocenie Izby, charakter popełnionej omyłki (rachunkowa) oraz jej oczywistość nie powinny budzić wątpliwości, a zatem zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za słuszny.

Jednocześnie wskazać należy, że wprowadzenie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp miało na celu zapobieżenie odrzuceniu ofert obarczonych niewielkimi wadami, o czym szerzej była mowa wyżej. To z kolei oznacza i na co wskazuje również treść przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, że Zamawiający z całą starannością, zanim odrzuci ofertę, winien rozważyć, czy dostrzeżonych w ofercie błędów nie da się konwalidować.

Analiza stanu faktycznego niniejszej sprawy pokazuje, że tej refleksji zabrakło, bowiem jak wynika z treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający rozważał jedynie, czy popełnioną omyłkę można zakwalifikować do oczywistych omyłek rachunkowych. Zamawiający w ogóle nie wspomina zaś, choć obowiązek badania w tym kierunku wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, że oceniał ofertę Odwołującego również pod tym kątem.

To z kolei pokazuje, że ta ocena była niekompletna i z tych względów zabrakło uzasadnienia faktycznego w tym przedmiocie w treści wspomnianej decyzji. Powyższe stanowi podstawę do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie ma racji Zamawiający, że skoro podany przepis referuje do wyboru oferty najkorzystniejszej, a w tym postępowaniu takiego wyboru nie dokonano, to nie można stwierdzić przekroczenia tego przepisu. Z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy wyprowadzić normę, zgodnie z którą czynność odrzucenia oferty winna być zakomunikowana wykonawcy, a to wiąże się z koniecznością podania uzasadnienia prawnego i faktycznego podjętej decyzji. Zwrócić należy również uwagę, że czynność unieważnienia postępowania z tego powodu, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, musi być poprzedzona oceną tychże ofert, której Zamawiający w tym postępowaniu dokonał, a skoro tak, nie sposób odstąpić od realizacji obowiązku podania uzasadnienia wyczerpującego faktycznego w przypadku, kiedy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w tych okolicznościach należy uznać za bezprzedmiotowy, bowiem stwierdzenie oczywistej omyłki rachunkowej

powoduje, że nieuzasadnione są rozważania na temat omyłki, o której mowa w powołanym przepisie.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeśli nie wniósł wadium. Brzmienie tego przepisu nie budzi wątpliwości, ustanowiono w nim bezwzględny obowiązek wykluczenia wykonawcy w sytuacji określonej w hipotezie normy zawartej w tym przepisie.

Niemniej jednak realizacja tego obowiązku jest możliwa jedynie w okolicznościach, w których Zamawiający stworzył, w sposób legalny, warunki do wnoszenia wadium. Nie może być bowiem tak, że ustanowione przez Zamawiającego warunki wnoszenia wadium sprzeciwiają się przepisom prawa, to jednakowoż konsekwencje obciążają Wykonawcę. Oznacza to, zdaniem Izby, że Wykonawca może ponieść negatywne konsekwencje swojego działania jedynie w sytuacji, w której nie zrealizował ciążącego na nim obowiązku, który został określony w zgodzie z przepisami prawa.

Tymczasem, w ocenie Izby, w niniejszej sprawie sytuacja taka nie miała miejsca. Po pierwsze, zwrócić należy uwagę, że wymagania dotyczące wadium stanowią obligatoryjny element SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). Po drugie, Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do zmiany SIWZ (art. 38 ust. 4 ustawy Pzp). Po trzecie, z przepisu art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wynika obowiązek modyfikacji SIWZ, jeśli zmianie ulegają jakiegokolwiek jej postanowienia. Po czwarte, jeżeli zmiana SIWZ prowadzi do zmiany ogłoszenia o zamówieniu również ogłoszenie wymaga zmiany w określonym trybie i w określony sposób (art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp). Po piąte wreszcie, wadium może być wnoszone w formach wskazanych przez ustawodawcę w przepisie art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, a jedną z tych form jest postać pieniężna wadium.

Odnosząc ten stan prawny do niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający podejmując w trakcie postępowania decyzję o zmianie numeru rachunku bankowego, na który należy wnosić wadium, winien zakomunikować to wykonawcom w sposób wyznaczony przez ustawodawcę. Jedynym zaś legalnym sposobem dokonania zmiany w tym zakresie było dokonanie zmiany ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ. Natomiast niewystarczającym i niemieszczącym się w granicach prawa był sposób, w jaki to uczynił Zamawiający, a mianowicie, poprzez zamieszczenie informacji o przedmiotowej zmianie na stronie internetowej Zamawiającego.

W tych okolicznościach usprawiedliwione było działanie Odwołującego, który w zaufaniu do SIWZ i w oparciu o postanowienia tam zawarte, wniósł wadium na rachunek bankowy tam wskazany.

W tym miejscu należy przypomnieć Zamawiającemu, że dla Wykonawcy wiążące są jedynie postanowienia SIWZ i przepisy prawa. Wykonawca nie ma obowiązku poszukiwać

informacji na temat prowadzonego postępowania na podstawie innych źródeł niż ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ. Po to został ustanowiony obowiązek redagowania ogłoszenia o zamówieniu i sporządzania SIWZ, aby zapewnić i zamawiającym i wykonawcom platformę komunikacji oraz równy dostęp wykonawców do zamówienia, bowiem poprzez takie wskazanie wszyscy wykonawcy mają wiedzę, skąd czerpać informacje na temat postępowania.

Zatem, za nieuzasadnione należy uznać wykluczenie Odwołującego z postępowania z tego powodu, że wadium nie zostało wniesione, bowiem postanowienia, które regulowały sposób wnoszenia wadium w formie pieniężnej z jednej strony, jeśli idzie o dokonaną zmianę, nie zostały skutecznie wprowadzone, Zamawiający w tym zakresie działał niezgodnie z prawem, z drugiej zaś strony na podstawie wytycznych zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ nie można było wnieść wadium w formie pieniężnej, gdyż rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego w terminie przewidzianym na złożenie ofert i wniesienie wadium (od 1 do 8 sierpnia 2016 r.) był zamknięty.

Nieprawidłowe jest również twierdzenie Zamawiającego, że brak wpływu wadium na jakikolwiek rachunek Zamawiającego może skutkować wykluczeniem Odwołującego z postępowania. Wykonawcy zostali zobowiązani do wniesienia wadium na rachunek wskazany przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, zatem oczekiwanie przez Zamawiającego ewentualnej wpłaty na inny rachunek jest oczywiście nieuprawnione. Raz jeszcze należy podkreślić, że wiążące w tym zakresie są postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, a wykonawca nie ma obowiązku poszukiwać poza tymi dokumentami informacji na temat numerów kont bankowych Zamawiającego w sytuacji, w której rachunek wskazany do wnoszenia wadium zostanie zamknięty.

Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać za trafny. W istocie realizacja przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z powołanego przepisu, we wskazanych okolicznościach faktycznych, stanowiłaby nadużycie prawa (art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp).

Jednocześnie w tym stanie sprawy usprawiedliwiony jest zarzut naruszenia równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), bowiem nie tylko brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, ale również o trafności tego zarzutu świadczy fakt uniemożliwienia wykonawcom wniesienia wadium w formie pieniężnej i jednocześnie ich dyskryminacja wobec wykonawców, którzy wnieśli wadium w innej formie.

Uwzględnienie odwołania nie jest jednak możliwe, choć potwierdziły się zarzuty odwołania. Izba nie może bowiem nie dostrzec, że Zamawiający nie zagwarantował wykonawcom możliwości wniesienia wadium w formie pieniężnej, choć jest to jedna z form,

którą należy zapewnić, bo wykonawcom przysługuje to uprawnienie (art. 45 ust. 6 ustawy Pzp). Tym samym Zamawiający uniemożliwił wniesienie wadium w pieniądzu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie oznacza to, że skoro Zamawiający pozbawił się możliwości otrzymania wadium to należy zaakceptować tę stan rzeczy. Nie należy bowiem zapominać, że obowiązek żądania wadium w tym postępowaniu wynika z treści przepisu art. 45 ust. 1 ustawy Pzp, zatem wadium jest obligatoryjnym elementem tego postępowania i może być wniesione w formach dopuszczonych przez ustawodawcę (art. 45 ust. 6 ustawy Pzp), co oznacza, że prawo to musi być wykonawcom zagwarantowane. Skoro nie zostało to zabezpieczone i w efekcie pozbawiono wykonawców możliwości wniesienia wadium w formie pieniężnej, co w sposób rażąco narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), to należało uznać, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp).

W konsekwencji postępowanie to nie może zakończyć się wyborem oferty najkorzystniejszej, bowiem jakkolwiek odpadła przyczyna do unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, to dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu i procedowanie w tym kierunku nie jest możliwe z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp). W tych okolicznościach wynik postępowania nie zmieni się, a zatem uwzględnienie odwołania nie było uzasadnione (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Na marginesie pouczyć należy Zamawiającego, że po ogłoszeniu wyroku przez Izbę, w przypadku oddalenia odwołania, zamawiający jest uprawniony do zawarcia umowy (*art. a contrario* z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp), a skoro tak, to Zamawiający już po ogłoszeniu, a nie doręczeniu wyroku, może podejmować czynności w postępowaniu. Jakkolwiek w niniejszym postępowaniu z taką sytuacją w ogóle nie będziemy mieli do czynienia wobec unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania kończy procedurę i żadne czynności w postępowaniu nie są już dalej podejmowane.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpisy od odwołań w wysokości 15.000,00 zł każdy.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła wniosku pełnomocników Zamawiającego o zasądzenie wynagrodzenia według norm przepisanych mając na uwadze, że w świetle § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego można zaliczyć wynagrodzenie pełnomocników, jednakże jedynie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, a takowych pełnomocnicy w niniejszej sprawie nie przedłożyli.

Przewodniczący: