

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), (2) Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, adres pełnomocnika: ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie unieważnienia czynności poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), (2) Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2) zasądza od Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie, (2) Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy zero złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania nr 1 pn.: „Prace na odcinku linii kolejowej nr 99 Chabówka-Zakopane” oraz dla zadania nr 2 pn.: „Budowa łącznicy w Chabówce w ciągu linii kolejowych nr 98 Sucha Beskidzka-Chabówka i nr 99 Chabówka-Zakopane”«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15.04.2017 r. pod nrem 2017/S 145795.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 07.07.2017 r. o:

poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik], (2) Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik], (2) Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie [dalej wykonawca Energetyka lub Odwołujący], zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 17.07.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu czynności poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w sytuacji, gdy omyłki takie w ofercie Odwołującego w ogóle nie wystąpiły, a Odwołujący wypełnił Rozbicie Ceny Ofertowej (dalej „RCO”) dla Branży torowej i Rozbicie Ceny Ofertowej Zbiorcze zestawienie (dalej jako „RCO zbiorcze”), zgodnie z treścią SIWZ i wzorem RCO dla Branży torowej i wzorem RCO zbiorczego przygotowanymi przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez bezpodstawne dokonanie czynności poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego w:
 - a) RCO dla Branży torowej w Lp. 1.1.2. kolumna nr 5 (i poprawionych pozycji RCO dla Branży torowej i RCO zbiorczego jako stanowiących konsekwencje rachunkowe poprawy ww. pozycji),
 - b) RCO zbiorczym w Lp. 1.2. i wierszu: SUMA (Lp. 1) w kolumnach nr 6 i 7 (i poprawionych pozycji RCO zbiorczego jako stanowiących konsekwencje poprawy ww. pozycji)– w sytuacji, gdy w ofercie Odwołującego omyłki takie nie wystąpiły i nie było podstaw do poprawienia oświadczenia woli Odwołującego w przedmiotowym zakresie, a RCO dla Branży torowej i RCO zbiorcze zostały wypełnione zgodnie z wytycznymi wynikającymi z SIWZ i w sposób zgodny z SIWZ

ewentualnie z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 2) naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści RCO dla Branży torowej i RCO zbiorczego, gdy w stosunku do ich treści powstały po stronie Zamawiającego jakiekolwiek wątpliwości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego;
- 2) Ponadto Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, poniesionych przez Odwołującego.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający dokonał na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp poprawy oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w ofercie Odwołującego, o czym zawiadomił Odwołującego w dniu 7.07.2017 r.

Odwołujący uznał, że prawidłowo dokonał wyliczeń i prawidłowo wypełnił formularze oferty. W związku z tym Odwołujący nie wyraził zgody na dokonanie poprawek oczywistych omyłek rachunkowych w swojej ofercie i Odwołujący złożył odwołanie w ustawowym terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – 17.07.2017 r.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 17.07.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 18.07.2017 r.

21.07.2017 r. wykonawca ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 31.07.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający uwzględnił odwołanie dotyczące zarzutu pierwszego ze względu na wystąpienie u Zamawiającego omyłki w zakresie tabeli zatytułowanej RCO dla branży torowej lp. I.1.2 kol. 5. Natomiast w zakresie odwołania dotyczącego bezpodstawnego dokonania czynności poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego – w RCO zbiorczym w lp. 1.2. i wierszu: SUMA (Lp. 1) w kolumnach nr 6 i 7 (i poprawionych pozycji RCO zbiorczego jako stanowiących konsekwencje poprawy ww. pozycji) – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego (dowód nr 1) pismo zamawiającego z 31.07.2017 r. w kwestii częściowego uwzględnienia odwołania oraz dowodów złożonych przez Odwołującego przy piśmie procesowym Odwołującego 4 wersje RCO – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba stwierdza, że w zakresie zarzutu pierwszego lit. a – naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez bezpodstawne dokonanie czynności poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego w RCO dla Branży torowej w lp. 1.1.2 kolumna nr 5 (oraz poprawionych pozycji RCO dla Branży torowej i RCO zbiorczego jako stanowiących konsekwencje rachunkowe poprawy ww. pozycji) w sytuacji, gdy w ofercie Odwołującego omyłki takie nie wystąpiły i nie było podstaw do poprawienia oświadczenia woli Odwołującego w przedmiotowym zakresie, a RCO dla Branży torowej i RCO zbiorcze zostały wypełnione zgodnie z wytycznymi wynikającymi z SIWZ i w sposób zgodny z SIWZ – Zamawiający uwzględnił odwołanie. W związku z tym uwzględnieniem zarzutu pierwszego Zamawiający unieważnił czynność poprawienia oferty Odwołującego w zakresie poprawionych pozycji RCO dla Branży torowej i RCO zbiorczego jako stanowiących konsekwencje rachunkowe poprawy ww. pozycji analogicznie do przepisu art. 186 ust. 3a zdanie drugie Pzp, który to przepis brzmi »W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów«. Natomiast ze względu na uwzględnienie części zarzutów przez Zamawiającego i nie wycofanie pozostałych zarzutów przez Odwołującego Izba rozpoznała odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów, zgodnie z art. 186 ust. 4a Pzp, który to przepis brzmi »W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów«.

Ponadto ze względu na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutu pierwszego lit. a i uwzględnienie przez Izbę zarzutu pierwszego lit. b (o czym niżej) Izba nie rozpoznawała zarzutu drugiego, który był przez Odwołującego postawiony ewentualnie, czyli byłby postawiony przez Odwołującego w przypadku nieuwzględnienia zarzutu pierwszego. Zarzut ten miałby dotyczyć ewentualnie z daleko posuniętej ostrożności naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści RCO dla Branży torowej i RCO zbiorczego, gdy w stosunku do ich treści powstałyby po stronie Zamawiającego jakiegokolwiek wątpliwości.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez bezpodstawne dokonanie czynności poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego w RCO zbiorczym w Lp. 1.2. i wierszu: SUMA (Lp. 1) w kolumnach nr 6 i 7 (i poprawionych pozycji RCO zbiorczego jako stanowiących konsekwencje poprawy ww. pozycji) – w sytuacji, gdy w ofercie Odwołującego omyłki takie nie wystąpiły i nie było podstaw do poprawienia oświadczenia woli Odwołującego w przedmiotowym zakresie,

a RCO dla Branży torowej i RCO zbiorcze zostały wypełnione zgodnie z wytycznymi wynikającymi z SIWZ i w sposób zgodny z SIWZ – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprawia oczywiste omyłki rachunkowe w ofercie i niezwłocznie zawiadamia o tym danego wykonawcę, przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp brzmi: »Zamawiający poprawia w ofercie [...] oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek [...] niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«.

Izba zauważa, że zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy w przypadku określonym w art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, a więc jedynie, gdy wykonawca nie zgodzi się na poprawienie innej omyłki, co jest uregulowane w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepisy te brzmią: art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3« i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp »Zamawiający poprawia w ofercie [...] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty [...] niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«.

Dodatkowo Izba musi podkreślić, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości odrzucenia oferty w przypadku, gdy wykonawca nie wyrazi zgody na prawienie w ofercie omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 2 Pzp. Dlatego wykonawca może nie wyrazić zgody na poprawienie omyłki pisarskiej (nieistotne w rozpoznawanym postępowaniu) lub omyłki rachunkowej.

Przepisy ustawy Pzp nie określają żadnego terminu na wykonanie przez wykonawcę uprawnienia nie zgodzenia się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 2 Pzp. W związku z tym należy uwzględnić także nie zgodzenie się na poprawę omyłki, jeżeli zostanie dokonane w terminie skorzystania ze środków ochrony prawnej. Również należy zauważyć, że ustawodawca nie przewidział jakiegokolwiek formy złożenia przez wykonawcę takiego nie zgodzenia się na poprawę omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 2 Pzp. Dlatego samo wniesienie odwołania (środka ochrony prawnej) przez Wykonawcę należy uznać za właściwe (w formie i w terminie) powiadomienie Zamawiającego o nie zgodzeniu się na poprawienie omyłki.

Z tego względu Izba nie może wysnuć zastrzeżeń do uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów sformułowanych w pkt 1 lit. a odwołania i musi nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności poprawy oferty w pozostałym zakresie objętym zarzutem pkt 1 lit. b odwołania.

W rozpoznawanym przypadku Zamawiający będzie musiał powtórzyć czynność badania oferty Odwołującego biorąc pod uwagę pierwotną treść oferty i następnie Zamawiający będzie musiał dokonać pozostałe czynności, zgodnie z procedurą.

Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez strony przy czym nie miał znaczenia dowód złożony przez Odwołującego – różne wersje RCO – bo najistotniejsze w sprawie było samo nie zgodzenie się przez Odwołującego na poprawienie omyłki, co wynikało bezpośrednio z przepisów ustawy Pzp i co zostało omówione wyżej.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: