

Sygn. akt: **KIO 1294/16**
KIO 1299/16

WYROK

z dnia 19 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 26 lipca 2016 roku oraz 13 września 2016 roku, w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 15 lipca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SPC Europe Sp. z o.o., Beijing SPC Environment Protection Tech Co. Ltd, ul. Flory 5/5, 00-586 Warszawa,**
- B. w dniu 15 lipca 2016 r. przez wykonawcę **GE Power Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **GE Power Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1294/16 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SPC Europe Sp. z o.o., Beijing SPC Environment Protection Tech Co. Ltd, ul. Flory 5/5, 00-586 Warszawa,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1299/16 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ERBUD S.A., YARA ENVIRONMENTAL TECHNOLOGIES GmbH, ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1294/16 i KIO 1299/16 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. Zasądza od odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SPC Europe Sp. z o.o., Beijing SPC Environment Protection Tech Co. Ltd, ul. Flory 5/5, 00-586 Warszawa** na rzecz zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów**, kwotę 650 zł 70 groszy (sześćset pięćdziesiąt złotych siedemdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu noclegu,
- 2.3. Zasądza od odwołującego **GE Power Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** na rzecz zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów**, kwotę 650 zł 70 groszy (sześćset pięćdziesiąt złotych siedemdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., 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 **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

**Sygn. akt: KIO 1294/16
KIO 1299/16**

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Budowa instalacji katalitycznego odazotowania spalin dla dwóch kotłów Benson OP-206 wraz z modernizacją podgrzewaczy wody, wentylatorów spalin i obrotowych podgrzewaczy powietrza*” w Elektrowni Pomorzany”.

Dnia 6 lipca 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

KIO 1294/16

Dnia 15 lipca 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia SPC Europe Sp. z o.o., Beijing SPC Environment Protection Tech Co. Ltd, ul. Flory 5/5, 00-586 Warszawa (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego polegających na: wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i uznania oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie odwołującego z postępowania oraz uznania oferty odwołującego za odrzuconą ze względu na niewniesienie wadium (niezłożenie oryginału dokumentu gwarancji bankowej na zabezpieczenie wadium, a złożenie kopii ww. dokumentu) w postępowaniu, podczas gdy odwołujący złożył oryginał gwarancji bankowej na zabezpieczenie wadium w postępowaniu zgodnie z wymaganiami s.i.w.z., to jest w oddzielnej kopercie i doręczył oryginalny dokument do zamawiającego.
2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezgodne z s.i.w.z. wypełnienie pozycji nr 4 w kolumnie 4 w Załączniku nr 3 do oferty odwołującego - Harmonogram Rzeczowo-Finansowy, to jest wpisanie tam kwoty równej 6% ceny ofertowej, zamiast zgodnej z wymaganiami s.i.w.z. kwoty równej 2% ceny ofertowej netto podczas, gdy taka niezgodność z s.i.w.z. stanowi „*inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty*”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i jako taka powinna zostać

poprawiona przez zamawiającego, gdyż poprawienie ww. omyłki nie powodowałoby żadnych trudności po stronie zamawiającego, ani nie wprowadzałoby istotnych zmian w treści oferty, gdyż jedyną zmianą byłoby opóźnienie płatności wskazanych 4% wynagrodzenia.

3. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i nierówne traktowanie wykonawców poprzez zaniechanie poprawienia omyłki odwołującego opisanej w zarzucie nr 2, podczas gdy zamawiający dokonał poprawek podobnych omyłek w ofercie konsorcjum Erbud S.A. i Yara Environmental Technologies GmbH oraz ofercie GE Power sp. z o.o. podczas, gdy równo traktując wykonawców i poprawiając omyłki w innych ofertach zamawiający powinien poprawić również omyłkę w ofercie odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) Unieważnienia czynności dokonanej przez zamawiającego w dniu 6 lipca 2016 roku: oceny ofert w postępowaniu oraz wyboru oferty Konsorcjum Erbud S.A. i Yara Environmental Technologies GmbH jako najkorzystniejszej,
- 2) Unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą z uwagi na niewniesienie wadium,
- 3) Unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego ze względu na niezgodność Harmonogramu Rzeczowo Finansowego z s.i.w.z.,
- 4) Dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

Jednocześnie odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w przypadku uwzględnienia odwołania i unieważnieniu czynności wykluczenia odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą oraz unieważnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonania ponownej oceny ofert, oferta odwołującego stanowić będzie ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu ze względu na najniższą spośród zaoferowanych cenę i koszt eksploatacji. Ponadto, jeśli przy ponownej ocenie ofert pozostaną nieodrzucone, co najmniej 3 oferty, zamawiający będzie prowadził aukcję elektroniczną, zatem ceny ofertowe mogą ulec zmianie.

Odwołujący wskazał, iż złożył oryginał gwarancji bankowej na zabezpieczenie wadium w postępowaniu zgodnie z wymaganiami s.i.w.z., to jest w oddzielnej kopercie i doręczył oryginalny dokument do zamawiającego. Potwierdzenie złożenia wadium zostało wydane przez zamawiającego. Odwołujący stoi na stanowisku, że:

- a) Oryginalna gwarancja bankowa na zabezpieczenie wadium nr LG30701B600001 złożona przez odwołującego znajduje się w aktach postępowania,
- b) Gdyby na skutek wniosków dowodowych zgłaszanych przez zamawiającego (np. biegłego grafologa), Izba ustaliła, że w aktach postępowania znajduje się kopia gwarancji bankowej a nie oryginał, odwołujący podkreśla, że w dniu 31 marca 2016 roku w oddzielnej kopercie, wraz z ofertą odwołującego, odwołujący złożył oryginał gwarancji bankowej i nie są mu znane przyczyny, z jakich obecnie w aktach znajduje się kopia przedmiotowej gwarancji.

Odwołujący wskazał, iż wypełniając Harmonogram Rzeczowo-Finansowy, w każdym przypadku podawał wartość graniczną wymaganą przez zamawiającego. Zamawiający wykluczył odwołującego za błędne wypełnienie wiersza 4 w kolumnie nr 4, ponieważ odwołujący wskazał w tej pozycji kwotę 2.760.163,20 złotych, co stanowiło 6% ceny ofertowej netto. Przy uwzględnieniu wartości poprzednich pozycji (które nie mogły być wypełnione wyższymi kwotami niż wskazane przez zamawiającego), celem spełnienia wyżej wskazanego wymogu, że „*suma kwot podana w pozycji 1-4 nie może przekroczyć 4% > ceny ofertowej*”, pozycja wiersza 4 w kolumnie nr 4 powinna być poprawiona z 6% ceny ofertowej do 2% ceny ofertowej, to jest do kwoty 920.054,40 złotych, a pozostała wartość 1.840.108.80 złotych (4% wynagrodzenia ofertowego netto, powinna zostać przeniesiona do innej/yh pozycji, w której/yh możliwe było zwiększenie kwoty płatności.

Zdaniem odwołującego, omyłka mogła być łatwo poprawiona przez zamawiającego, na dwa sposoby. Pierwszy najbardziej korzystny dla zamawiającego to jest przeniesienie przedmiotowych 4% wynagrodzenia do płatności, jako ostatnia rata. Zgodnie natomiast z zamiarem odwołującego wyrażonym w ofercie (odwołujący chciał otrzymać jak największe płatności jak najszybciej), zamawiający powinien przenieść 4% do pierwszej płatności, która nie była obwarowana wymaganiami, co do wysokości płatności. Niezmiennie logiczne jest, że odwołujący przyjąłby każdy sposób poprawienia omyłki, gdyż składając ofertę dał wyraz swojemu zamiarowi realizacji zamówienia. Zmiana zatem terminu płatności 4% wynagrodzenia nie byłaby dla odwołującego istotna jeśli chodzi o zmianę zamiaru realizacji zamówienia. Zatem poprawienie omyłki w zakresie ustalenia rat płatności mogło nastąpić zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, i działając na korzyść odwołującego (korzyścią odwołującego byłoby wcześniejsze otrzymanie płatności), zamawiający powinien przenieść płatność 4% wynagrodzenia ofertowego netto do pozycji 6.7 w kolumnie 4 Harmonogramu Rzeczowo Finansowego tj. w pozycji 6.7 w kolumnie 4 tabeli i wskazanie tam kwoty 2.300.136 złotych (5% wynagrodzenia ofertowego netto), zamiast wpisanej w ofercie odwołującego kwoty 460.027,20 zł (1% wynagrodzenia ofertowego netto). Ten sposób poprawienia omyłki najbardziej odpowiada wyrażonemu w ofercie zamiarowi odwołującego, aby otrzymać płatność w pierwszej kolejności, jak najszybciej i zgodnie z wymogami s.i.w.z.

Analogicznie, najkorzystniejsze dla zamawiającego byłoby powiększenie ostatniej raty wynagrodzenia o wspomniane 4%. Zatem, poprawienie omyłki w zakresie ustalenia rat płatności mogło nastąpić zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i mogło również polegać na dodaniu 4% wynagrodzenia ofertowego netto w ostatniej pozycji Harmonogramu Rzeczowo Finansowego, tj. w pozycji 6.10 w kolumnie 4 tabeli i wskazanie tam kwoty 4.140.244.80 złotych (9% wynagrodzenia ofertowego netto), zamiast wpisanej w ofercie odwołującego kwoty 2.300.136 zł (5% wynagrodzenia ofertowego netto).

W następstwie poprawienia dwóch pozycji w kolumnie 4, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp, zamawiający powinien poprawić również pozycje w kolumnie 5 Harmonogramu Rzeczowo Finansowego.

W przypadku poprawienia omyłki poprzez przeniesienie 4% wynagrodzenia z pozycji 4 do pozycji 6.7., zamawiający w tych pozycjach powinien poprawić wartość zaliczki, w pozycji 4 kolumnie 5 wpisując 10% wartości pozycji 4 w kolumnie 4, a w pozycji 6.7. w kolumnie 5 aktualizując wartość zaliczki pozostałej do rozliczenia.

W przypadku poprawienia omyłki poprzez przeniesienie 4% wynagrodzenia z pozycji 4 do pozycji 6.10., z uwagi na fakt, że pozycja 4 w kolumnie 5 stanowiła 10% wartości wskazanej w poz. 4 w kolumnie 4. Zamawiający powinien jak powyżej poprawić wartości kolumny 5 w pozycjach 4 i 6.7.

Takie zmiany powodują, że wszystkie pozostałe pozycje są zgodne z wymaganiami zamawiającego, a poprawienie omyłek nie nastręcza żadnych trudności. Odwołujący wskazał, że poprawienie omyłki stanowi bardzo prostą czynność niebudzącą żadnych wątpliwości ani niewymagającą żadnych konsultacji z odwołującym, poza wymaganym poinformowaniem odwołującego o dokonanej poprawce.

Omyłka w harmonogramie nie zmieniała wartości ceny ofertowej (suma pozycji harmonogramu stanowiła równowartość ceny ofertowej), a ponadto zamawiający sam przewidując aukcję elektroniczną przewidywał przecież wykonywanie działań matematycznych na harmonogramie płatności. Gdyby zatem była przeprowadzona aukcja elektroniczna to zamawiający i tak wykonywałby działania matematyczne na Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym. Z tego względu należy przyjąć, że uwzględnienie w kolumnie 5 konsekwencji poprawienia omyłki w kolumnie 4 nie powinno powodować żadnych trudności po stronie zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie odwołującego i innych wykonawców w związku z zaniechaniem poprawienia omyłki opisanej w zarzucie nr 2 odwołania.

Zamawiający poprawił omyłki w dwóch ofertach: konsorcjum Erbud S.A. i Yara Environmental Technologies GmbH oraz GE Power sp. z o.o.

Omyłka w ofercie konsorcjum Erbud S.A. i Yara Environmental Technologies GmbH również dotyczyła niepoprawnego wypełnienia pozycji Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego. Zarzut jest zasadny, mimo, iż omyłka poprawiona przez zamawiającego dotyczyła innej pozycji (dotyczyła pozycji 5.8.). Poprawiona omyłka powinna być traktowana na równi z omyłką odwołującego opisaną powyżej w zarzucie nr 2 i podobnie poprawiona.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, iż odwołujący powołuje się na rzekomo wadliwe wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na niezłożenie oryginału dokumentu gwarancji bankowej na zabezpieczenie wadium w postępowaniu. Odwołujący nie kwestionuje przy tym tego, iż obowiązkiem wykonawców wnoszących wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej w przedmiotowym postępowaniu było wniesienie takich dokumentów w oryginale; podnosi natomiast, że składając zamawiającemu ofertę, doręczył zamawiającemu również (w odrębnej kopercie) oryginał gwarancji wadialnej.

Potwierdzeniem ww. okoliczności ma być - według odwołującego - dokument z dnia 31 marca 2016 r. podpisany przez pracownika zamawiającego i wydany przedstawicielowi wykonawcy w momencie złożenia przez tego ostatniego w dniu 31.03.2016 r. o godz. 9:55 w miejscu wskazanym w s.i.w.z., koperty z ofertą oraz koperty z wadium. Zamawiający podniósł, że nie kwestionuje ww. dokumentu, jednak wskazał, że przywołany dokument nie może stanowić dowodu na to, że odwołujący składając zamawiającemu kopertę opisaną jako „oferta”, jak też kopertę opisaną jako „wadium”, umieścił w nich oryginały tychże dokumentów. Zarówno oferta jak i wadium wnoszone przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu składane były w odrębnych kopertach, a ich otwarcie następowało jawnie, publicznie, równocześnie, w terminie i miejscu wskazanym w s.i.w.z. Tak też się stało z kopertami złożonymi przez odwołującego. Zarówno koperta złożona przez odwołującego, a opisana jako „oferta”, jak też złożona przez niego koperta opisana jako „wadium” otwarte zostały równocześnie w czasie wyznaczonym dla otwarcia ofert. Jednocześnie, przy otwarciu ofert, również nie dokonywano ani formalnej, ani tym bardziej merytorycznej, oceny prawidłowości złożonych dokumentów. Tym samym moment otwarcia ofert nie był czasem, w którym zamawiający powinien był dokonywać weryfikacji otrzymanych w kopertach dokumentów. Takiej też weryfikacji wówczas nie dokonywano. Po otwarciu ofert i odczytaniu zgodnie z wymogami ustawy wymaganych elementów ofert, oferty zostały zabezpieczone i były przechowywane w zamkniętych pomieszczeniach. Dokumenty potwierdzające złożenie wadium zostały przekazane przez sekretarza komisji przetargowej - osobie odpowiedzialnej za rejestrowanie i zabezpieczenie wadium. Zamawiający podkreślił, że żaden inny pracownik zamawiającego nie wykonywał kolorowych kopii dokumentów wadialnych złożonych w tym postępowaniu. Dopiero w momencie dokonywania rejestracji dokumentów wadialnych,

pracownik zamawiającego zwróciła uwagę, iż dokument gwarancji wadialnej otrzymany przez nią nie jest dokumentem oryginalnym, lecz stanowi kolorową kserokopię. O fakcie tym poinformowała sekretarza komisji przetargowej, który po oględzinach dokumentu, sprawdził zawartość złożonej w odrębnej kopercie oferty SPC, aby upewnić się czy omyłkowo oryginał gwarancji wadialnej nie został załączony wraz z ofertą. W ofercie odwołującego nie było jednak ani oryginału, ani też innej kopii gwarancji wadialnej. W związku z poczynionymi ustaleniami, dokument gwarancji wadialnej przedłożony przez odwołującego okazano (w pomieszczeniu, w którym gwarancja ta przez cały czas była przechowywana) pozostałym członkom komisji przetargowej, którzy zgodnie stwierdzili, że jest to kopia dokumentu, a nie wymagany postanowieniami s.i.w.z. oryginał.

Zamawiający podkreślił, że badając dokument przedłożony przez odwołującego, jako gwarancja wadialna analizie poddano nie tylko formę, ale również treść tegoż „dokumentu” gwarancji wadialnej, zwracając uwagę, że wynika z niej, iż zwrot oryginału gwarancji wystawcy powoduje wygaśnięcie zobowiązania gwarancyjnego. Niezależnie więc od faktu, iż w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu wyraźnie zaznaczono, że wykonawca ma obowiązek przedłożenia oryginału gwarancji wadialnej, to również z uwagi na jej treść zawierającą postanowienia wskazujące na doniosłość skutków wynikających z posiadania oryginalnego dokumentu, nie mógł zamawiający uznać, że złożenie przez wykonawcę kopii gwarancji wadialnej zabezpiecza jego interesy i zapewnia osiągnięcie celu, dla którego domagał się wniesienia wadium.

Zamawiający wskazał, iż odwołujący uzasadniając swoje stanowisko podniósł, iż zamawiający mógł poprawić harmonogram zawarty w ofercie wykonawcy i to na dwa różne sposoby. Powyższa argumentacja, w ocenie zamawiającego, potwierdza jednoznacznie, iż sprzeczność treści oferty (harmonogramu) z s.i.w.z. jest tego rodzaju, że nie jest możliwe poprawienie tej oferty (harmonogramu) w jeden tylko sposób dostosowujący jej treść do wymogów s.i.w.z., ale też potwierdza, że aby zamawiający mógł poprawić treść tej oferty musi *de facto* przeprowadzić z wykonawcą negocjacje w tym zakresie i dowiedzieć się, w jaki sposób (z możliwych różnych wariantów) na aktualnym etapie postępowania (już po otwarciu ofert) wykonawca chciałby zmodyfikować swoje oświadczenie zawarte w ofercie. Negocjacje takie nie sprowadzałyby się zatem do działań, mających na celu uzyskanie potwierdzenia przez zamawiającego (choćby w drodze wyjaśnień) złożenia przez wykonawcę określonej, zakładanej przez zamawiającego treści oświadczenia woli, ale nieodzowne byłyby takie działania, które miałyby doprowadzić dopiero do poznania przez zamawiającego, jakie to oświadczenie woli wykonawcy (spośród różnych możliwych, wariantów) miałyby w istocie stanowić treść jego oferty, co jednocześnie dawałoby wykonawcy możliwość arbitralnego decydowania (już po terminie składania ofert) o kształcie złożonego przez niego w ofercie oświadczenia woli, odnośnie którego możliwość

zmiany czy też poddawania negocjacji została ustawowo wykluczona. Z tego też względu, wykazywanie przez odwołującego odmiennych możliwych modyfikacji złożonego przez niego w ofercie oświadczenia woli w zakresie tak istotnym (zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawcy), jak wysokości poszczególnych płatności na rzecz wykonawcy, wykazując w istocie konieczność przeprowadzenia przez zamawiającego negocjacji z wykonawcą w zakresie treści złożonej przez niego oferty, (a czego wyraźnie zabrania ustawodawca w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), po to by wyeliminować niezgodność oferty z s.i.w.z., nie może być argumentem za powinnością zamawiającego poprawienia oferty tego wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż wymaga wniesienia wadium m.in. w postaci złożenia oryginału gwarancji bankowej.

W związku z wątpliwościami wynikającymi z faktu, iż zamawiający stwierdził, w trakcie badania oferty, że dokument gwarancji bankowej nie jest dokumentem oryginalnym, Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z opinii biegłego z dziedziny kryminalistyki wpisanego na listę biegłych sądowych prowadzoną przez Prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie w celu wydania opinii w przedmiocie: „Czy złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SPC Europe Sp. z o.o., Beijing SPC Environment Protection Tech Co. Ltd znajdująca się w aktach postępowania gwarancja bankowa zapłaty wadium

LG30701B600001 z dnia 21 marca 2016 r. jest dokumentem oryginalnym czy też kopią tego dokumentu”.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2015 poz. 128 ze zm.), (1) Gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. (2) Udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności.

Zasadę pisemności natomiast regulują przepisy ustawy kodeks cywilny, gdzie w art. 78 § 1 ustawodawca wskazał, że do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia z dnia 29 kwietnia 2015 r., w sprawie o sygn. akt IV CSK 527/14, wyraźnie wskazał, iż „Skuteczne potwierdzenie podpisu może dotyczyć tylko oryginału dokumentu, a nie jego kopii (kserokopii). Przesądza o tym brzmienie art. 78 § 1 k.c., w którym jest mowa o własnoręcznym podpisie złożonym na dokumencie obejmującym treść oświadczeń woli. Ze względu na bezpieczeństwo obrotu, rozszerzanie takiej możliwości na kserokopie dokumentów jest niedopuszczalne.”. Jak utrwalilo się w doktrynie „Forma pisemna czynności prawnej jest zachowana wówczas, gdy osoba, która składa oświadczenie woli, składa zarazem własnoręczny podpis na dokumencie obejmującym treść tego oświadczenia. Ustawodawca nie określił przy tym cech, które musi wykazywać podpis, co wiąże się z licznymi problemami praktycznymi. Należy przyjąć, że podstawowymi funkcjami podpisu są identyfikacja osoby składającej oświadczenie woli oraz potwierdzenie faktu złożenia oświadczenia określonej treści, a nie tylko zamiaru jego złożenia. Sąd Najwyższy wskazał, że art. 78 pozostaje w związku z art. 245 k.p.c., z którego wynika, że dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w tym dokumencie (wyrok SN z dnia 8 maja 1997 r., II CKN 153/97, LEX nr 55391). Podpisanie dokumentu wskazuje także na to, że oświadczenie woli zostało zakończone, nie zaś przerwane (na temat funkcji podpisu por. K. Knoppek, *Dokument w procesie...*, s. 39–40, oraz Z. Radwański (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 2, s. 125). Podpis musi być złożony własnoręcznie w taki sposób, aby można było ustalić na podstawie badania pisma, kto jest autorem podpisu (por. wyżej wyrok SN z dnia 8 maja 1997, II CKN 153/97). Nie jest podpisem wydruk nazwiska czy też obraz podpisu odcisnięty sposobem mechanicznym (tzw.

faksymile). Trzeba jednak zaznaczyć, że przepisy szczególne mogą wprowadzać wyjątki dopuszczające złożenie podpisu przez odbicie go sposobem mechanicznym (por. art. 921¹⁰ § 2 k.c., art. 328 § 2 k.s.h., art. 5 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o obligacjach, tekst jedn.: Dz. U. z 2001 r. Nr 120, poz. 1300 z późn. zm.; por. W. Robaczyński, *Podpis własnoręczny...*, s. 124). Faksymile nie spełnia wymogu własnoręczności także na gruncie prawa procesowego (por. K. Lubiński, *O problemie dopuszczalności dokonywania czynności sądowego postępowania egzekucyjnego w sprawach cywilnych na nośnikach danych albo za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej*, *Palestra* 2009, nr 9–10, s. 21–22; autor powołuje się przy tym na dawno już wyrażone stanowisko orzecznictwa, że nie ma powodu, by różnicować wymagania dotyczące podpisu na tle prawa materialnego i prawa procesowego), [Wojciech Robaczyński, *Komentarz do art.78 Kodeksu cywilnego*, LEX 2014].

W opinii z dnia 29 sierpnia 2016 roku, biegły jednoznacznie stwierdził, że przedstawiony do badań dokument jest w całości kopią innego dokumentu, bowiem poszczególne, składające się na niego elementy w postaci nagłówków firmowych, zapisu tekstowego, podpisów oraz odwzorowania pieczętki firmowej zawierają cechy kserograficznego powielenia. Jedynie odbitki pieczęci o treści „Oryginał” zostały naniesione bezpośrednio na podłoże już po sporządzeniu kopii dokumentu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że odwołujący nie przedłożył oryginału dokumentu, którego żądał zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak wymaganej pisemności gwarancji, dlatego też uznać należało, iż odwołujący nie zabezpieczył swojej oferty w wadium, dlatego też podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu odwołującego dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezgodne z s.i.w.z. wypełnienie pozycji nr 4 w kolumnie 4 w Załączniku nr 3 do oferty odwołującego, Harmonogram Rzeczowo-Finansowy, to jest wpisanie tam kwoty równej 6% ceny ofertowej, Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z instrukcją wypełniania załącznika nr 3 do formularza oferty - Harmonogramu Rzeczowo Finansowego: „w kolumnie 4 Wykonawca poda kwoty płatności w zł za Etap Realizacji, przy czym kwoty te nie mogą przekroczyć wartości procentowych wpisanych do tabeli kursywą oraz suma kwot podana w pozycji 1-4 nie może przekroczyć 4% ceny ofertowej, suma kwot podanych w pozycji od 5.1 do 5.11 nie może przekroczyć 51% ceny ofertowej. Suma płatności za wszystkie Etapy Realizacji musi być równa 100% ceny ofertowej;”.

Ponadto, w poszczególnych wierszach kolumny 4 zamawiający zamieścił bardzo szczegółowe wymagania dotyczące wysokości poszczególnych płatności na zasadzie „nie więcej niż....% ceny ofertowej netto” lub „nie mniej niż....% ceny ofertowej netto”.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty podał, że zgodnie ze stanowiącym integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia załącznikiem 3 do umowy Harmonogram Rzeczowo-Finansowy w uwadze dla wykonawcy punkt 3 zamawiający wymagał, aby: w kolumnie 4 wykonawca poda kwoty płatności [zł] za Etap Realizacji, przy czym kwoty te nie mogą przekroczyć wartości procentowych wpisanych do tabeli kursywę oraz suma kwot podana w pozycji 1-4 nie może przekroczyć 4% ceny ofertowej, suma kwot podanych w pozycji od 5.1 do 5.11 nie może przekroczyć 51% ceny ofertowej. Suma płatności za wszystkie Etapy Realizacji musi być równa 100% ceny ofertowej. Odwołujący w ofercie na stronie 0010 Załącznika nr 3 do oferty Harmonogram Rzeczowo- Finansowy w kolumnie 4 tabeli dla pozycji 1-4 podał wartości płatności za Etapy Realizacji, których suma wynosi 8% wartości ceny ofertowej netto.

Zamawiający podniósł, iż przedstawiony przez odwołującego Harmonogram Rzeczowo-Finansowy stanowi integralną część oferty złożonej przez Wykonawcę, a tym samym wskazanie w jego kolumnie 4 tabeli dla pozycji 1-4 wartości płatności za Etapy Realizacji, wynoszących w sumie 8% wartości ceny ofertowej netto powoduje, że w tym zakresie treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie opisana niezgodność nie może być zakwalifikowana, jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem Izby, zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego, poprzez stwierdzenie, iż omyłka występująca w ofercie odwołującego, nie jest omyłką w rozumieniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a zatem omyłkę (błąd) w ofercie odwołującego należało zakwalifikować z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. jako niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący wskazał, że dopuszczalne było zmodyfikowanie harmonogramu na dwa alternatywne sposoby, co *de facto*, w ocenie Izby oznaczałoby, że dokonaną zmianę w istocie cechowałaby zbyt daleko idąca dowolność zamawiającego w ukształtowaniu oświadczenia woli odwołującego. Co więcej, wprowadzenie zmiany w jednej rubryce Harmonogramu oznaczałoby konieczność modyfikacji kolejnych. Szereg operacji arytmetycznych, jakich powinien wówczas dokonać zamawiający, w istocie potwierdza, jak daleko idącą ingerencją w treść oferty byłoby dokonanie tych obliczeń i ich wprowadzenie przez zamawiającego do Harmonogramu odwołującego. Izba wskazuje, że odwołujący całkowicie pomija, że w przypadku jakichkolwiek błędów w ofercie niedopuszczalne jest odgadywanie rzeczywistej intencji wykonawcy: albo omyłka jest nieistotna i w oczywisty

sposób łatwa do skorygowania, albo też oferta jest niezgodna z s.i.w.z. W przypadku, gdy nie jest możliwe jednoznaczne zdekodowanie rzeczywistego zamiaru wykonawcy, występującego w postępowaniu, jako profesjonalista, zamawiający nie może domyślać się, jaka powinna być treść oferty, lecz bezwzględnie powinien ją odrzucić, albowiem każda próba dokonania ewentualnej poprawy takich omyłek prowadzić musi do niedozwolonej przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, negocjacji treści oferty. Nadto, w ocenie Izby, przedmiot omyłek ma istotne znaczenie dla treści oferty, albowiem *de facto* ich poprawienie doprowadziłoby do wykreowania nowej, dotychczas nieznannej treści oferty, co wyłącza możliwość uznania, że popełnione w ofercie odwołującego omyłki, w przypadku ich poprawienia, nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Izby poprawienie omyłek w ofercie odwołującego nie było możliwe z uwagi na ich istotność, nie były to albowiem drobne (nieistotne), łatwo zauważalne omyłki, a wręcz przeciwnie - istotnie zmieniające oświadczenie odwołującego, co do sposobu wynagrodzenia za wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Tym samym, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z noclegiem. Izba nie uwzględniła kosztów poniesionych przez zamawiającego, związanych z noclegiem powoływanych świadków, gdyż zamawiający zrezygnował z przeprowadzenia tego dowodu.

KIO 1299/16

Dnia 15 lipca 2016 roku wykonawca GE Power Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa, (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od czynności podjętej przez zamawiającego, tj. niedopuszczalnej zmianie treści Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego stanowiącego załącznik do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - ERBUD S.A. oraz YARA ENVIRONMENTAL TECHNOLOGIES GmbH oraz zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Erbud.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, że wskazanie w Harmonogramie Rzeczowo-Cenowym - załącznika do Formularza Ofertowego konsorcjum ERBUD w pkt 5.8 kwoty 3.195.000 zł oraz w pkt 5.9 kwoty

2.875.000 zł, stanowiło oczywistą omyłkę, którą należało poprawić poprzez wskazanie w pkt 5.8 kwoty 2.875.000 zł, zaś w pkt 5.9 - kwoty 3.195.000 zł i poprawienie treści Harmonogramu w wyżej opisany sposób, podczas gdy wskazanie kwot w pkt 5.8 i 5.9 nie może być uznane za omyłkę, której poprawienie nie powoduje istotnej zmiany treści oferty konsorcjum,

2. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez podejmowanie czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania przedsiębiorców, w szczególności poprzez stosowanie odmiennej wykładni art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w stosunku do poszczególnych ofert złożonych w postępowaniu, polegające na uznaniu przez zamawiającego błędów w ofercie konsorcjum za omyłki podlegające poprawieniu, jakkolwiek w stosunku do dwóch innych ofert tego samego rodzaju błędy w harmonogramach rzeczowo-finansowych zakwalifikował za omyłki niepodlegające poprawieniu i oferty te odrzucił,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ERBUD, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą ze wszystkich złożonych w postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu i w konsekwencji nieudzielenie zamówienia odwołującemu, podczas gdy oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt.1 Pzp:

1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
2. odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum ERBUD;
3. przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w celu uznania, że oferta odwołującego jest najkorzystniejszą spośród niepodlegających ofert złożonych w postępowaniu.

Ponadto odwołujący wniósł o:

4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania (na okoliczności wskazane w odwołaniu);
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych wyżej przepisów Pzp, bowiem skutek dokonania zaskarżonych niniejszym odwołaniem czynności oferta odwołującego - obecnie sklasyfikowana na drugim miejscu, po ofercie

konsorcjum - nie została uznana za najkorzystniejszą, co też bezpośrednio prowadzi do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego w ramach postępowania.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nieprawidłowo uznał błąd w Harmonogramie konsorcjum ERBUD za omyłkę polegającą na niezgodności oferty z s.i.w.z., której poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Jak wynika z „*Uwag dla Wykonawców*” docelowo będzie on stanowił integralną część umowy, rozstrzygającą o prawach i obowiązkach stron (terminy oddania etapów, terminy i wysokość poszczególnych płatności). Powyższe przesądza zatem, że informacje podane w Harmonogramie mają wagę równą parametrom podawanym w Formularzu Ofertowym - cenie i parametrom technicznym, gdyż składają się na jednoznaczne i wiążące oświadczenie woli wykonawcy, określające treść przyszłej umowy z zamawiającym. Skoro zatem dane wskazane w Harmonogramie zawierają tak istotne elementy, jak zakres i terminy wykonania świadczeń obu stron umowy, to możliwość ich późniejszej modyfikacji na etapie badania i oceny ofert w żadnym wypadku nie może być uznana za dopuszczalną na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który to przepis zezwala wyłącznie na nieistotne zmiany treści oferty.

Kolejnym aspektem, który należy uwzględnić przy ocenie dopuszczalności stosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest oczywistość sposobu, w jaki sprostowanie powinno być dokonane. Jakkolwiek przywołany przepis nie wskazuje wprost, że ta tzw. „*inna omyłka*” musi mieć charakter oczywistej, to nie można mieć wątpliwości, że sprostowanie może tylko nastąpić w sposób oczywisty, tj. jedyny możliwy i dający się wydedukować w oparciu o pozostałą treść oferty. Przyjęcie bowiem przeciwnej koncepcji otworzyłoby furtkę do niemal nieograniczonej swobody w modyfikacjach ofert po upływie terminu ich składania, co byłoby nie do pogodzenia z przywołaną zasadą niezmienności oferty i prowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Konsekwentnie zatem należy przyjąć, iż zmiany w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie może cechować dowolność, lecz powinny być dokonane tylko w wyjątkowych przypadkach, gdy nie ma mowy o oczywistej omyłce pisarskiej lub rachunkowej, lecz o błędzie nieistotnym, tj. nie mającym znaczenia na rzeczywisty zakres zobowiązania wykonawcy. Jednocześnie sposób, w jaki omyłka jest rektyfikowana, powinien być jasny i nie budzący wątpliwości - w przeciwnym bowiem wypadku poprawka taka zawsze będzie stanowić niedozwoloną zmianę oferty.

Odnosząc powyższe uwagi do oferty konsorcjum, a w szczególności istotności poczynionych w niej zmian, tudzież sposobu, w jaki zamawiający dokonał sprostowania Harmonogramu, odwołujący nie ma wątpliwości, co do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przede wszystkim jest niezrozumiałe, dlaczego zamawiający w sposób arbitralny przyjął

akurat taki, a nie inny sposób poprawienia omyłki. Przyjęty sposób wypełnienia Harmonogramu nie powinien budzić wątpliwości, czego z całą pewnością nie można powiedzieć o poprawce wykonanej przez zamawiającego, która była jedną z kilku możliwych. Nie sposób również wykluczyć, że błąd w sposobie wypełnienia Harmonogramu był celowy, a miał za zadanie zapewnić konsorcjum możliwość manipulowania ceną, gdyby oferta nie okazała się najkorzystniejsza. Warto też zauważyć, że w przypadku dwóch innych odrzuconych ofert zamawiający przyjął zupełnie inną wykładnię art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a niemal tożsame błędy potraktował jako niedającą się usunąć niezgodność ofert z treścią s.i.w.z.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, iż w przypadku oferty ERBUD/YARA - podobnie jak w przypadku oferty SPC - wystąpiła niezgodność treści harmonogramu z s.i.w.z., jednak sytuacja tu była zgoła odmienna, aniżeli w przypadku oferty SPC. O ile bowiem wykonawca Erbud/Yara również uzupełnił niektóre rubryki harmonogramu nieprawidłowo, to jednak z analizy treści całej oferty ewidentnie wynikało, że owo nieprawidłowe uzupełnienie było wynikiem niezamierzonej omyłki, ale też jednocześnie istniały podstawy by przyjąć, jaka była intencja oferenta a tym samym, w jaki sposób tę ofertę zmodyfikować. Niezgodność w ofercie Erbud/Yara wyrażała się przede wszystkim w tym, iż w pozycji 5.9, kolumna 4, wskazano wartość płatności za ten etap na poziomie „2.875.500 zł”, przy czym tuż pod tą kwotą znajdowała się adnotacja z s.i.w.z. o treści „(nie mniej niż 5% ceny ofertowej netto)”. Cena ofertowa netto w ofercie Konsorcjum Erbud/Yara wynosiła 63.900.000 zł netto a tym samym wartości 5 % ceny ofertowej netto odpowiadała kwota 3.195.000 zł. Jednocześnie kwota taka wpisana była w poprzedzającej rubrykę 5.9. rubryce 5.8, w której nie było żadnych adnotacji, co do minimalnej czy maksymalnej jej wartości. Już samo to zestawienie wpisanej kwoty z pozostawioną adnotacją wymogu zamawiającego skłaniało do przyjęcia, że takie uzupełnienie rubryki było uzupełnieniem omyłkowym.

Jak wynikało z treści s.i.w.z., zamawiający wymagał, aby suma kwot podanych w pozycji 1-4 nie mogła przekroczyć 4% ceny ofertowej netto, zaś suma kwot podanych w pozycji od 5.1. do 5. 11 nie mogła przekroczyć 51% ceny ofertowej netto. Jednocześnie suma płatności za wszystkie etapy realizacji musiała być równa 100 % ceny ofertowej netto.

Jak wynika to już z treści pisma z dnia 18 maja 2016 r. kierowanego przez zamawiającego do konsorcjum ERBUD/YARA, zamawiający dokonał całościowej analizy treści oferty (w tym zwłaszcza Harmonogramu) tego wykonawcy i odnotował, że wykonawca ten - stosownie do wymogów s.i.w.z. kierował się tym, by suma kwot podanych w pozycji 1-4 maksymalnej dopuszczalnej wartości (4% ceny ofertowej netto - czyli kwocie 1.278.000 zł), suma kwot podanych w pozycji od 5.1. do 5. 11 maksymalnej dopuszczalnej wartości (51%

ceny ofertowej netto - czyli kwocie 32.589.000 zł), a przy tym - co oczywiste - by suma płatności za wszystkie etapy realizacji była równa 100 % ceny ofertowej netto.

W związku z powyższym, jasnym było, że ewentualne poprawienie omyłki z punktu 5.9 Harmonogramu, nie mogło polegać na samym podwyższeniu tej kwoty, (bez pomniejszenia kwot z innych rubryk 5.1-5.9, gdyż skutkowałoby to naruszeniem wymogu dotrzymania sumy 51%. Równocześnie, analiza Harmonogramu sporządzonego przez wykonawcę Erbud/Yara wskazywała, że (poza rubryką 5.9) we wszystkich rubrykach kolumny 4, w których znajdowało się zastrzeżenie dotyczące minimalnej lub maksymalnej procentowej wysokości kwoty liczonej od wartości ceny ofertowej netto, wykonawca, w każdym przypadku wpisywał wartości odpowiadające dokładnie wielkościom procentowym wskazywanym (odpowiednio jako maksymalne lub minimalne) w podanych przez zamawiającego wytycznych.

Tym samym niezasadne byłoby uznanie, że wolą wykonawcy sporządzającego ofertę było, by podwyższenie kwoty z rubryki 5.9 nastąpiło „kosztem” kwot z rubryk 5.1-5.4, 5.5 (zawierających maksymalne dopuszczalne stawki), lub też „kosztem” kwot z rubryk 5.10-5.11 (zawierających minimalne dopuszczalne stawki).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, integralną częścią składanych w postępowaniu ofert stanowić miał uzupełniony przez wykonawców Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (załącznik nr 3 do Projektu Umowy - załącznika nr 2 do s.i.w.z.). O ile w Formularzu Ofertowym wykonawcy powinni wskazać parametry podlegające

ocenie w ramach kryteriów „Cena” oraz „Koszty eksploatacji”, to w Harmonogramie zobowiązani zostali do podania terminów zakończenia poszczególnych etapów realizacji zamówienia, wynagrodzenia za każdy etap oraz zaliczki na poczet tego wynagrodzenia.

Zamawiający znacznie ograniczył swobodę w wypełnieniu Harmonogramu, wskazując w przypadku każdego etapu limity w zakresie wynagrodzenia (w zależności od etapu - określając maksymalny lub minimalny stosunek tego wynagrodzenia wobec ceny oferty), jak również ramy czasowe, w których dany etap miał być zrealizowany. Dodatkowe ograniczenia w sposobie uzupełnienia Harmonogramu wynikały z „Uwag dla Wykonawców”, w których zawarto dalsze instrukcje odnośnie podania kwot wynagrodzenia za poszczególne etapy.

Tym samym wykonawcy otrzymali jednoznaczne wskazówki, co do sposobu uzupełnienia Harmonogramu.

W Harmonogramie konsorcjum Erbud, w pkt 5.8 podało kwotę 3.195.000 zł, natomiast w pkt 5.9 - kwotę 2.875.500 zł, przy czym kwota wskazana w pkt 5.9 stanowiła 4,5% ceny całkowitej, zamawiający oczekiwał, aby wyniosła nie mniej niż 5% ceny.

Pismem z dnia 18 maja 2016 r., zamawiający poinformował konsorcjum, że uznaje wyżej opisany błąd za „wynik niezamierzonej omyłki Wykonawcy”, wobec czego przyjmuje, że kwota 3.195.000 zł powinna znaleźć się w pkt 5.9, natomiast 2.875.500 zł - w pkt 5.8 Harmonogramu.

Obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest poprawa omyłek innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, które spełniają łącznie dwa określone w przepisach warunki:

- 1) polegają na niezgodności oferty z s.i.w.z.,
- 2) nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Spełnieniem warunku pierwszego, tj. niezgodności oferty z s.i.w.z., przy literalnej wykładni przepisu, będzie niezgodność zarówno, co do treści, jak i co do formy. Jednocześnie zgodnie z warunkiem drugim niezgodność, co do formy nie wywołuje żadnych, a nie tylko istotnych, zmian w treści oferty. Wykładnia językowa nakazywałaby więc poprawianie omyłek w formie oferty w stosunku do żądań zamawiającego wyrażonych w s.i.w.z. Wykładnia ta nie może jednak być uznana za prawidłową. Omyłki w formie, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie wywołują żadnych skutków dla prawidłowości oferty. Ich poprawianie nie może więc być istotą przepisu. Ponadto poprawianie omyłek w formie oferty grozi złamaniem art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, nakazującym przestrzeganie nienaruszalności ofert, jako załącznika do protokołu. W związku z tym poprawieniu winny ulegać wyłącznie omyłki w treści oferty polegające na niezgodności z s.i.w.z. Zakazane jest poprawianie omyłek, które wykonawca popełnił w ofercie, zamierzając zaoferować inne świadczenie, inne parametry, inny sposób wykonania przedmiotu zamówienia, jeśli zaproponowane omyłkowo nie powodują niezgodności z treścią s.i.w.z., lecz np. jedynie pogorszenie pozycji konkurencyjnej

wykonawcy (atrakcyjności oferty). Przepis jednoznacznie dopuszcza wyłącznie poprawę omyłek, których popełnienie spowodowało niezgodność oferty z s.i.w.z.

Niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oznacza niezgodność z każdym elementem specyfikacji wymienianym w art. 36 ustawy Pzp. W szczególności będą to niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia, w tym z dokumentacją projektową stanowiącą opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane zgodnie z art. 31 ustawy Pzp, wzorem umowy (istotnymi postanowieniami umowy), wymaganiami, co do terminów, wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, posługiwania się podwykonawcami. Jednakże niezgodność ta może występować wyłącznie w ofercie. (...).

Poprawieniu ulegają wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca przyjął więc *a priori*, że usuwanie omyłek doprowadzi do zmiany treści oświadczenia woli. Dozwolony został jednak tylko taki zakres zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. Posłużenie się przez ustawę pojęciem niedookreślonym przy nakładaniu obowiązku poprawiania omyłek ("niepowodujące istotnych zmian") sprawia, że to do zamawiającego należy w pierwszej kolejności ocena, czy w danej sytuacji musi poprawić omyłki. Istotność omyłki winna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania. Jeśli oferta, mimo omyłki, spełniałaby oczekiwania zamawiającego, gdyby w tej treści miała być przyjęta - można rozważyć nieistotność omyłki. Jeśli jednak treść oferty wskutek omyłki staje się całkowicie rozbieżna z oczekiwaniami zamawiającego, trudno mówić o nieistotności. Warto też zwrócić uwagę, że za nieistotne łatwiej będzie uznawać omyłki, które nie dotyczą podstawowego aspektu oferowanego świadczenia, lecz świadczeń obocznych lub wręcz akcesoryjnych. Ocena istotności omyłek, a tym samym ocena zakresu stosowania normy z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, musi być także dokonywana z uwzględnieniem skali popełnionych omyłek. Suma wielu pojedynczo nieistotnych omyłek może powodować takie zmiany w treści oferty, że łącznie te nieistotne omyłki wprowadzą w treści oferty zmiany istotne. Tym samym nie będą mogły być poprawione.

Poprawienie omyłek może polegać także na usunięciu sprzeczności w ofercie. Zgodnie z zasadą *argumentum a maiori ad minus* - "co wolno więcej, to tym bardziej wolno mniej" - jeśli możliwe jest poprawienie oferty w merytorycznym zakresie, to tym bardziej możliwe jest przyjęcie, że wskazane prawidłowo w jednym miejscu oferty informacje lub zobowiązania pozwalają na usunięcie sprzecznych z nimi informacji. Z okoliczności sprawy musi jednak wynikać, które ze sprzecznych informacji powinny być uznane za złożone zgodnie z wolą wykonawcy, a które stanowią omyłkę. Prawa do poprawiania omyłek nie można także rozszerzać na sytuacje, w których wykonawca, proponując sprzeczne (dwa lub więcej) rozwiązania, składa dwie oferty dotyczące dwóch różnych świadczeń. Wówczas poprawienie omyłki jest nie tylko niemożliwe, ale i nieskuteczne, gdyż oferta podlega odrzuceniu nie na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, lecz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp. Omyłka może polegać zarówno na niewłaściwym ujęciu w ofercie określonej informacji lub zobowiązania, jak i ich pominięciu (wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011 r., KIO 1147/11, LEX nr 84718). Niezbędne jest jednak wykazanie, iż jest to skutek niezamierzony. Opierając się na słownikowym znaczeniu słowa "omyłka", należy uznać, że nie można poprawić na podstawie komentowanego przepisu żadnych rozbieżności pomiędzy ofertą a s.i.w.z., jeśli są one skutkiem celowego działania wykonawcy, również wtedy, gdy działanie celowe opierało się na złym rozumieniu s.i.w.z. i doprowadziło do niezgodności oferty ze specyfikacją. Świadome zamieszczenie czegoś w ofercie wyklucza bowiem uznanie rezultatu za omyłkę. Od powyższego (tj. od działania świadomego) prowadzącego do złożenia oferty odmiennej od wymaganej w specyfikacji należy jednak odróżnić działanie niestaranne. Jeśli wskutek takich działań wykonawca popełni omyłkę, która jednak może być poprawiona ze względu na swą nieistotność, to stopień zawinienia (przyczynienia się) wykonawcy do powstania takiej omyłki nie jest przedmiotem badania zamawiającego, a przepis nie uzależnia poprawienia omyłki od tego, czy wykonawca jest, czy nie jest winien jej powstania.

Mimo, iż z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że dokonywanie poprawek jest samodzielną czynnością zamawiającego (bez udziału wykonawcy), to jednak poprawianie omyłek może być poprzedzone wyjaśnieniami treści oferty dokonywanymi na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jednak wyjaśnienia te nie mogą wskazywać, w jaki sposób zdaniem wykonawcy omyłki winny być poprawione, o ile wskazanie takie wykracza poza dokonywaną zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego wykładnię oświadczenia woli. Dalej idące wyjaśnienia wykonawcy mogą być uznane za zmianę treści oferty lub prowadzenie negocjacji dotyczących jej treści (W. Dzierżanowski, Komentarz do art. 87 ustawy - Prawo zamówień publicznych, LEX 2014).

Zdaniem Izby, zamawiający prawidłowo zidentyfikował, a następnie poprawił omyłkę poczynioną w ofercie konsorcjum Erbud. W powyższym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego konsorcjum Erbud, uznając je za własne.

Biorąc pod ocenę charakter omyłki popełnionej przez przystępującego konsorcjum Erbud, należy wziąć pod uwagę argumentację Izby zaprezentowaną, jak w sprawie KIO 1294/16. Wskazać bowiem należy, iż odmiennie niż to jest w sprawie konsorcjum SPC, omyłka występująca w ofercie konsorcjum Erbud, nie jest omyłką, której nie dało się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Analiza Harmonogramu sporządzonego przez konsorcjum Erbud wykazała, że (poza rubryką 5.9) we wszystkich rubrykach kolumny 4, w których znajdowało się zastrzeżenie dotyczące minimalnej lub maksymalnej procentowej wysokości kwoty liczonej od wartości

ceny ofertowej netto, konsorcjum Erbud, w każdym przypadku wpisywał wartości odpowiadające dokładnie wielkościom procentowym wskazywanym (odpowiednio jako maksymalne lub minimalne) w podanych przez zamawiającego wytycznych. Biorąc pod uwagę zasady, jakimi kierował się wykonawca sporządzając ofertę (Harmonogram), jak też dostrzegając, iż w rubryce 5.8 poprzedzającej bezpośrednio rubrykę 5.9 znajdowała się (nieopatrzona ograniczającymi adnotacjami) kwota 3.195.000 zł, w ocenie Izby zamawiający prawidłowo uznał, iż wskazanie w rubryce 5.9 kolumna 4, kwoty 2.875.500 zł było wynikiem niezamierzonej omyłki konsorcjum Erbud i że kwota ta winna być wpisana w bezpośrednio poprzedzającej ją rubryce 5.8 kolumna 4, w której nie było zastrzeżenia o wymaganej wysokości procentowej liczonej od wartości ceny ofertowej, zaś wpisana w rubryce 5.8 kolumna 4, kwota 3.195.000 zł (odpowiadająca wartości 5% ceny ofertowej netto) winna być wpisana w rubryce 5.9, kolumna 4.

Izba wskazuje, iż konsorcjum Erbud oświadczyło, że w pozycji 5.8. w kolumnie 4 harmonogramu rzeczowo- finansowego błędnie wpisało zamiast kwoty 2.875.500 zł kwotę 3.195.000 zł i na odwrót, w pozycji 5.9. w kolumnie 4 błędnie wpisał zamiast kwoty 3.195.000 zł kwotę 2.875.500 zł. Zdaniem Izby, jest to niezamierzona omyłka i wynika z pomylenia ww. pozycji przez osobę sporządzającą ofertę, a jej poprawienie przez zamawiającego pozostało bez wpływu na spełnienie pozostałych warunków dotyczących płatności przez konsorcjum Erbud. Wobec powyższego, w ocenie Izby, ww. omyłka nadawała się do poprawienia zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: