

Sygn. akt: KIO 140/12

Sygn. akt: KIO 142/12

WYROK

z dnia 1 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**

Protokolant: **Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 23 stycznia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mott MacDonald Polska Sp. z o.o., Mott MacDonald Limited, 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11,**
- B. w dniu 23 stycznia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AECOM Sp. z o.o., INOCSA Ingegneria SL, 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53,**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EGIS Poland Sp. z o.o., Halcrow Group Limited, 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 140/12, KIO 142/12 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mott MacDonald Limited, Mott MacDonald Polska sp. z o.o., Croydon, Surrey, CR9 2UL, St Anne House, 20-26 Wellesley Road** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 142/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. A. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 140/12.

B. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 142/12 i nakazuje unieważnienie: czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem czynności, podanych w uzasadnieniu orzeczenia, dotyczących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., Halcrow Group Limited.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mott MacDonald Polska Sp. z o.o., Mott MacDonald Limited i PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mott MacDonald Polska Sp. z o.o., Mott MacDonald Limited** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **AECOM Sp. z o.o., INOCSA Inżynieria SL**, tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mott MacDonald Polska Sp. z o.o., Mott MacDonald Limited** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** kwotę 3 600 zł 00gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego przed KIO.

2.3 zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AECOM Sp. z o.o., INOCSA Inżynieria SL** kwotę 18 599 zł 98 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych i dziewięćdziesiąt osiem groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 140/12

Sygn. akt: KIO 142/12

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Studium Wykonalności - dokumentacja przedprojektowa dla „Modernizacji linii kolejowej E65/CE65 na odcinku Grodzisk Mazowiecki - Kraków/Katowice - Zwardoń/Zebrzydowice - granica państwa, stacje kolejowe: Czechowice Dziedzice, Zebrzydowice, Zwardoń.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 sierpnia 2011 r., pod numerem 2011/S 164-271226.

Sygn. akt KIO 140/12

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”: art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 i wnosząc o nakazanie unieważnienia ww. czynności i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podaje, że zgodnie z art. 7 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zaś zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Powyższe zasady nie zostały zachowane w niniejszym postępowaniu. Na podstawie art. 91 ustawy, w przypadku kiedy jedynym kryterium oceny ofert jest cena, Zamawiający wybiera ofertę z najniższą ceną, natomiast w przypadku kiedy przewidziano również inne kryteria oceny ofert, Zamawiający wybiera ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert. Tymczasem w niniejszym postępowaniu ofertę z najniższą ceną złożył Odwołujący, którego ofertę Zamawiający powinien wybrać jako najkorzystniejszą, gdyby dokonał czynności oceny i wyboru ofert zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, iż obowiązek wnoszenia wadium na cały okres związania ofertą można wywieść z wielu przepisów ustawy Pzp. Istotna jest jednak funkcja, którą spełnia wadium. Zarówno doktryna prawa cywilnego (m.in. P. Machnikowski -Kodeks cywilny, Komentarz, (red, E. Gniewek), Wrocław 2008 r.; Z. Radwański w System Prawa Prywatnego

-1. 2 Prawo cywilne - część ogólna, Supplement, Warszawa 2004 r.), judykatura (np. orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 8 marca 2006 r., I Aca 1018/05), jak również ukształtowana w tym zakresie linia orzecnicza; sygn. akt UZP/ZO/0-1690/03; sygn. akt UZP/ZO/0-1312/03; sygn. akt UZP/ZO/0-1221/02) wyznacza wadium funkcję zabezpieczającą.

Odnosząc powyższe wywody do dyspozycji normy prawnej zawartej w art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, Odwołujący stoi na stanowisku, iż zastosowanie literalnej wykładni powyższej normy prawnej oznaczałoby doprowadzenie w niektórych sytuacjach, jak w tym postępowaniu, do kuriozalnych konsekwencji. Posiadając gwarancje bankowe, których termin ważności (możliwości zaspokojenia przez zamawiającego swoich roszczeń) w dniu dokonywania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, który jednocześnie, jest ostatnim dniem pierwotnego termin związania ofertą, przenosi określony przez zamawiającego okres związania ofertą i w przypadku wezwania wykonawców do przedłużenia okresu związania ofertą, który z kolei przenosi wydłużony okres ważności wystawionej gwarancji bankowej (jak to miało miejsce w rozpoznawanym postępowaniu), zamawiający każdorazowo zmusza wykonawców do irracjonalnego, tak z punktu widzenia art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, jak i prowadzenia działalności gospodarczej, zachowania polegającego na konieczności ubiegania się o kolejną gwarancję bankową, która będzie opiewała na tę samą kwotę, dotyczyła tego samego postępowania, prowadzonego przez tego samego zamawiającego, ale przede wszystkim będzie dotyczyła (przynajmniej częściowo) tego samego okresu.

Niezależnie od tego, na jakie kwoty opiewa wystawiana gwarancja bankowa, koszty jej udzielenia nie należą do najmniejszych i bezpodstawne zmuszanie wykonawców do ich ponoszenia, nawet w sytuacji, w której oferta pozostaje zabezpieczona w sposób ciągły, godzi w interes ekonomiczny wykonawcy. Wymóg dopełnienia przez wykonawcę obowiązku jednoczesnego wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą wraz z wniesieniem wadium na przedłużony okres związania ofertą należy interpretować w sposób celowościowy, co potwierdzają identyczne poglądy zawarte np. w orzeczeniu o sygn. akt KIO/UZP 845/09, w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 108/07, w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 1763/09 i sygn. akt KIO/UZP 1784/09, w orzeczeniu o sygn. akt KIO/UZP 1763/09; KIO/UZP 1764/09.

Odwołujący podnosi, iż oferta Odwołującego przez cały okres postępowania pozostawała w sposób prawidłowy zabezpieczona, umożliwiając Zamawiającemu bezwarunkową możliwość skorzystania z przysługujących mu uprawnień, w przypadku zaistnienia którejkolwiek z sytuacji, określonej w przepisie art. 46 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 11 ppkt 11.2 SIWZ, wadium winno być wniesione w formie zgodnej z art. 46 ust. 6 ustawy Pzp. Gwarancje i poręczenia muszą zawierać m.in. termin ważności wadium – odpowiadający terminowi związania ofertą, zgodnie z ppkt 16.1 (ppkt 11.6 SIWZ). Zaś, termin związania ofertą został określony na 60 dni. Przy czym termin składania ofert upływał w dniu 10 października 2011 r., co oznacza, iż pierwotny termin związania ofertą w postępowaniu, upływał w dniu 8 grudnia 2011 r.

Odwołujący do założonej oferty dołączył gwarancję przetargową nr TEB 922/11, ważną od dnia 10 października 2011 r. do dnia 10 stycznia 2012 r.

Zamawiający, pismem z dnia 1 grudnia 2011 r., w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, zwrócił się do Odwołującego *„o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą złożoną w niniejszym postępowaniu o 60 dni.”* Jednocześnie Zamawiający poinformował, na podstawie art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, *„że przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeśli to nie jest możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, pod rygorem wykluczenia z postępowania przetargowego.”*

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. Jednocześnie poinformował, iż *„ważność wniesionego wadium zostanie przedłużona aneksem do Gwarancji Przetargowej nr TEB 922/11 wystawionej dnia 4 października 2011 r., który dostarczymy Państwu przed dniem wygaśnięcia niniejszej gwarancji, tj. do dnia 10 stycznia 2012 r.”* (pismo z dnia 5 grudnia 2011 r.).

W dniu 10 stycznia 2012 r. Odwołujący przedłożył aneks nr 1 do gwarancji przetargowej nr TEB 922/11, mocą którego termin ważności gwarancji został przedłużony do dnia 10 lutego 2012 r.

Pismem z dnia 13 stycznia 2012 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony termin związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, jak również w sytuacji, gdy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Wskazany przepis wyróżnia więc cztery sytuacje, w których Zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu, jeśli zaistnieje którakolwiek z tych przesłanek, tj.:

1. wykonawcy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert,
2. wykonawcy nie wnieśli wadium na przedłużony termin związania ofertą ,
3. wykonawcy nie wnieśli wadium w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy,
4. wykonawcy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z drugą z wymienionych przesłanek, tj. wykonawca nie wniósł wadium na przedłużony termin związania ofertą.

Zgodnie bowiem z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp termin związania ofertą określony ściśle konkretną liczbą dni, uzależnioną od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia (w niniejszej sprawie: 60 dni), może podlegać przedłużeniu samodzielnie przez wykonawcę bez żadnych ograniczeń, zaś w przypadku przedłużenia tego terminu z woli Zamawiającego, czyli na jego wniosek – wyłącznie raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia i na okres nie dłuższy niż 60 dni. Z tego prawa Zamawiający w niniejszym postępowaniu skorzystał, co nie było kwestionowane przez Odwołującego.

Jednocześnie też dyspozycja przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, zakłada możliwość przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą wyłącznie z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, czy też wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Ustawodawca zatem założył ścisły związek tych dwóch instytucji, które potwierdzają ważność oferty i ją zabezpieczają, tj. instytucji związania ofertą w określonym ustawowo terminie oraz instytucji zabezpieczenia wadium oferty. Tak więc, jeśli wykonawca składa ofertę w postępowaniu, to powinien złożyć Zamawiającemu zabezpieczenie wadium tej oferty, obejmujące pełny okres związania ofertą, od dnia upływu terminu składania ofert (włącznie) do ostatniego dnia terminu związania ofertą, przyjętego dla danego zamówienia ze względu na jego wartość. Podobna sytuacja zachodzi również wtedy, gdy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zwraca się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą o maksymalny okres 60 dni. W takiej sytuacji wykonawca, składając oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą, przedłuża także ważność wadium albo wnosi nowe wadium na pełny, przedłużony okres nowego terminu związania ofertą. Wskazane przepisy ustawy Pzp w związku z nierozzerwalnością wskazanych instytucji, służących zabezpieczeniu oferty i jej ważności, przewidują dla wykonawcy obowiązek jednoczesnego przedłużenia ważności wadium, które powinno być dokonane łącznie z czynnością złożenia przez wykonawcę oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Izba stoi na stanowisku, iż nie sposób rozumieć inaczej przyjętego przez ustawodawcę określenia „jednoczesności”, tym bardziej ze względu na stanowczość brzmienia wskazanego przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp – „przedłużenie

terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium". W momencie składania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą Zamawiający powinien posiadać również wiedzę na temat ważności zabezpieczenia wadialnego wykonawcy na pełny okres związania ofertą. Jeśliby więc w samej ofercie wykonawcy zabezpieczenie wadialne istniało – bez konieczności przedłużenia wadium - na okres dłuższy niż pierwotny termin związania ofertą, ale byłoby to wadium, które obejmowałoby także pełny okres nowego terminu związania ofertą, należałoby uznać, że wadium jest prawidłowe, bowiem dotyczy całego okresu (nowego) terminu związania ofertą. W niniejszej sprawie zabezpieczenie wadialne oferty w momencie składania oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą nie zabezpieczało w całości nowego terminu związania ofertą (zabezpieczenie dotyczyło wyłącznie dwóch dni nowego terminu związania ofertą), dlatego też nie może być uznane za skuteczne.

Izba popiera stanowisko prezentowane w orzecznictwie (m.in. w wyroku z dnia 28.09.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1974/10, KIO/UZP 1975/10), iż rekonstrukcja normy prawnej, statuującej obowiązek wykluczenia wykonawcy, który nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą, powinna nastąpić nie jedynie w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ale również mając na względzie przepis art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Nie należy bowiem zapominać, iż w procesie wykładni prawa istotną rolę zajmuje odkodowanie norm prawnych, zawartych w przepisach prawnych, a to z kolei wymaga uświadomienia sobie, iż ustawodawca, z różnych powodów, dokonuje rozczłonkowania norm w przepisach prawnych. Pominięcie tego zjawiska, w tym wypadku syntaktycznego rozczłonkowania normy prawnej, powoduje, iż proces rekonstrukcji normy prawnej jest niepełny a przez to wadliwy.

Niedostrzeżenie przez Odwołującego tego elementu otwiera drogę do zastosowania wykładni celowościowej przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, co nie jest uprawnione. Dokonanie bowiem prawidłowej rekonstrukcji normy prawnej w niniejszej sprawie, powoduje, iż wystarczające jest sięgnięcie do wykładni gramatycznej i skorzystanie z jej wyników, o których była mowa powyżej.

W tym miejscu wypada również zauważyć, iż Odwołujący popełnia błąd, co do oceny naruszenia normy prawnej. Ocena postępowania Zamawiającego (według dyspozycji normy prawnej) nastąpić musi w oparciu o okoliczności wyartykułowane w hipotezie normy prawnej, a więc zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy nakaz określonego zachowania się przez wykonawcę został wypełniony. Ocena tego zachowania nie może następować z punktu widzenia innych zdarzeń, np. etapu postępowania, czy terminu dokonywania czynności przez Zamawiającego, dla stwierdzenia przekroczenia omawianej normy prawnej nie jest

bowiem istotne, że w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej oferta pozostawała nieprzerwanie zabezpieczona, nie jest to bowiem jedyny element objęty hipotezą rozpatrywanej normy prawnej. Z tych przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 ustawy Pzp okazał się nieuzasadniony.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy uznać za bezpodstawny jako, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, nie odrzucając oferty Odwołującego. Taką ofertę uznaje się bowiem za odrzuconą z mocy prawa (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle powołanego przepisu jedynie stwierdzenie, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił na podstawie innych kryteriów oceny ofert niż ustalone w SIWZ, prowadziłoby do przyznania racji Odwołującemu. Tymczasem przedmiotowa okoliczność nie znalazła potwierdzenia w niniejszej sprawie.

Brak potwierdzenia przedmiotowych zarzutów powoduje, iż nie sposób dopatrzeć się naruszenia przepisu art. 7 ustawy Pzp.

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 oraz pkt 2 lit. b 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 wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Sygn. akt KIO 142/12

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania poprawienia omyłki popełnionej przez Odwołującego oraz odrzucenia oferty Odwołującego, co w ocenie Odwołującego, stanowi naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez uznanie, że omyłka popełniona przez Odwołującego nie stanowi innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że oferta nie zawierała błędów w obliczeniu ceny i nie była niezgodna z SIWZ, albowiem omyłka Odwołującego mogła zostać poprawiona przez Zamawiającego, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- 3) art. 91 ust. 1 poprzez wybranie oferty Konsorcjum Halcrow jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą;
- 4) art. 7 ust. 1 poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Ponadto, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu (w związku z badaniem i oceną oferty Konsorcjum Halcrow) naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 i 8 poprzez jego niezastosowanie w sprawie i nie odrzucenie oferty Konsorcjum Halcrow, pomimo złożenia przez Konsorcjum Halcrow niewłaściwych pełnomocnictw a w konsekwencji podpisania oferty przez osoby nie mające do tego upoważnienia;
- 2) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2 b poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum Halcrow do złożenia wyjaśnień lub dokumentów niezbędnych do udowodnienia podstaw do dysponowania osobami, które będą wykonywały zamówienie, jak również stosownych zobowiązań podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji Konsorcjum Halcrow swoich zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, które to dokumenty są wymagane na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp;
- 3) art. 26 ust. 3 w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum Halcrow do złożenia wyjaśnień lub dokumentów właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania członków zarządu konsorcjanta Halcrow Group Limited Company z siedzibą w Londynie, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy Pzp;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 poprzez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Halcrow pomimo istnienia podstaw do wykluczenia Konsorcjum Halcrow ze względu na niewskazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz ze względu na niezgodność oferty Konsorcjum Halcrow z SIWZ, poprzez niedołączenie do oferty wymaganych przepisami prawa dokumentów;
- 5) art. 91 ust. 1 poprzez wybranie oferty Konsorcjum Halcrow jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą i nie spełniała warunków i powinna podlegać odrzuceniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) poprawienia omyłki Odwołującego, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegającej na błędnym wypełnieniu pola formularza etap X;
- 3) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Halcrow jako oferty najkorzystniejszej;
- 4) powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, z uwzględnieniem wezwania Konsorcjum Halcrow do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 5) ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stoi na stanowisku, że popełnione przez niego uchybienie, polegające na niepotrzebnym wypełnieniu rubryki Etap X w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego - Cena Ofertowa, poprzez wpisanie w szarym/zaciemnionym polu kwoty 10.000,00 zł nie stanowi błędu w obliczeniu ceny, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Fakt, że łączna cena ofertowa podana przez Odwołującego uwzględnia wpisaną w zaciemnionym polu dla całego etapu X kwotę 10.000,00 zł, jednocześnie uwzględniając również ceny jednostkowe dla poszczególnych podetapów (1, 2, 3) etapu X nie oznacza, że jest to błąd w obliczeniu ceny.

Po pierwsze, zdaniem Odwołującego, Załącznik 1A do Formularza Ofertowego - Cena Ofertowa nie przewidywał szczególnego sposobu obliczenia ceny. Podobnie postanowienia SIWZ, w rozdziale 13 „*Opis sposobu obliczenia ceny*”, nie zawierają żadnego sposobu obliczenia ceny. SIWZ zawiera jedynie wskazanie, że podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWIZ oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie ponosi Zamawiający z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług. Po drugie, Odwołujący zwrócił uwagę, iż SIWZ zdaje się wskazywać, że mamy w przedmiotowej sprawie do czynienia z ceną ryczałtową. Natomiast Załącznik 1A do Formularza Ofertowego - Cena Ofertowa jest jedynie harmonogramem rzeczowo-finansowym. Zaś, o sposobie obliczenia ceny można mówić raczej przy wynagrodzeniu kosztorysowym, gdzie cena jest wielokrotnie wynikiem wielu skomplikowanych sposobów obliczeń, w których przewidziane są poszczególne miary, jednostki itp. Zdaniem Odwołującego, przewidziane przez Zamawiającego postanowienia SIWZ nie zawierają szczególnego sposobu (algorytmu) obliczania ceny, do którego mógł lub też nie mógł zastosować się Odwołujący. Odwołujący miał jedynie podać cenę ryczałtową, z

uwzględnieniem harmonogramu rzeczowo-finansowego, obejmującego poszczególne etapy. Każda zaś cena, podana dla danego etapu, również była ceną ryczałtową, której szczegółowego sposobu (algorytmu) obliczenia postanowienia SIWZ nie przewidywały.

Odwołujący podkreśla, iż nawet gdyby jednak uznać, że postanowienia SIWZ stanowiły sposób obliczenia ceny, nadal nie można zgodzić się z tezą Zamawiającego, że uchybienie Odwołującego stanowi właśnie błąd w obliczeniu ceny. Zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego, jakie złożył w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, podczas wypełniania Załącznika 1A do Formularza Ofertowego - Cena Ofertowa wkradła się niezamierzona omyłka, polegająca na wypełnieniu zaciemnionego pola „Wartość netto [PLN]” dla „Etap X”, poprzez wpisanie kwoty „10 000”. Omyłka ta nie wpływała na harmonogram kosztowo-rzeczowy ustalony przez Zamawiającego i korekta tejże omyłki także nie zmieniałaby tego harmonogramu. Omyłka powstała z powodu przeklepania tabel pomiędzy wersją pliku w formacie Word a wersją pliku w formacie Excel.

Taka omyłka, choć ma wpływ na wysokość ceny, albowiem w konsekwencji omyłki, Odwołujący wliczył błędnie wpisane 10.000,00 zł do ceny całkowitej netto, a następnie do ceny całkowitej brutto, nie jest równoznaczna z błędem w obliczeniu ceny. Zdaniem Odwołującego, o błędzie w obliczeniu ceny można bowiem mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika z SIWZ.

W ocenie Odwołującego, istotny z punktu widzenia oceny zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest również fakt, że przepis ten dotyczy błędów w obliczaniu ceny, rozumianej jako wartość całości świadczenia. W rozpatrywanej sytuacji, pozycja uznana przez Zamawiającego za błąd, dotyczy jedynie jednej z pozycji kosztorysowych, a więc elementu ceny, nie zaś ceny za całość zamówienia.

Rzekomy błąd nie ma również wpływu na ostateczną cenę oferty, na co wskazuje porównanie cen wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ Odwołujący pomimo takiego skalkulowania ceny złożył ofertę z najkorzystniejszą.

Wobec powyższego rozumienia pojęcia „*błąd w obliczeniu ceny*”, w ocenie Odwołującego, w jego działaniu nie można znaleźć cech błędu w obliczeniu ceny. Działanie Odwołującego nie było bowiem działaniem świadomie obejmującym, dla celów wyliczenia ceny, dodatkowe elementy, lecz wynikało z przeoczenia faktu, że rubryka „Etap X” nie powinna być wypełniona. W żadnym jednak razie Odwołujący nie zakładał, że ma wycenić i wykonać dodatkowy element w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Odwołujący nie działał pod wpływem mylnego wyobrażenia co do przedmiotu zamówienia czy struktury ceny. Jego działanie stanowiło jedynie omyłkę przy technicznym wypełnianiu tabeli.

Odwołujący zwraca również uwagę, że w rzeczonyj tabeli, oprócz kolumny z numerem etapu, nazwą etapu oraz wartością netto etapu, istnieje również kolumna „Czas przekazania opracowań”. Odwołujący nie wypełnił tej pozycji dla etapu X (która to rubryka również nie była wypełniona a jednocześnie była zaciemniona), co stanowi potwierdzenie, że Odwołujący nie traktował etapu X jako dodatkowego elementu, potrzebnego do wyceny prac i jako dodatkowej pozycji harmonogramu rzeczowo-finansowego. Gdyby bowiem uznać, że intencją Odwołującego było poszerzenie zakresu elementów wchodzących w cenę, to rubryka ta również pomimo zaciemnienia, powinna była być wypełniona przez Odwołującego.

Ponadto Odwołujący podnosi, że z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia błąd Odwołującego jest jedynie błędem formalnym (a nie merytorycznym).

Zdaniem Odwołującego błąd w obliczaniu ceny nie zachodzi także w sytuacji, gdy dany błąd może zostać zakwalifikowany jako jedna z omyłek, wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

W opinii Odwołującego, w przedmiotowej sprawie, omyłka Odwołującego powinna być rozpatrzona pod kątem innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Odwołujący zwraca uwagę, iż przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może być korygowana każda omyłka, nie tylko polegająca na błędzie pisarskim czy rachunkowym, ale też niezgodność polegająca na odmiennej treści oferty od tej, którą w rzeczywistości zamierzał złożyć wykonawca. Jedynym ograniczeniem, jakie nałożył ustawodawca jest, aby poprawa w ofercie nie spowodowała istotnych zmian w jej treści.

Odwołujący podkreśla, iż z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczącego dopuszczalności poprawiania „*innych omyłek*” wynika, że:

1. fakt, że omyłka dotyczy ceny, będącej niewątpliwie istotnym elementem oferty, sam w sobie nie stanowi przeszkody w poprawieniu tej omyłki;
2. sam fakt, iż omyłka dotyczy ceny - czyli istotnego elementu oferty - nie powoduje, że ma ona charakter istotny w stosunku do całej oferty. W celu oceny kwestii, czy dana omyłka ma charakter istotny - należy zważyć przede wszystkim, jakie konsekwencje będzie miało poprawienie danej oferty;
3. dokonywanie poprawienia omyłek dotyczy zarówno postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, jak i tych, w których zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe;
4. podstawami oceny „*istotności*” poprawy co do treści oferty jest wielkość zmiany ceny całkowitej oferty oraz ilość pozycji, które będą musiały ulec zmianie;

5. artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Skoro jest to dopuszczalne przy kosztorysach, tym bardziej jest to dopuszczalne przy cenie ryczałtowej;
6. dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień;
7. obowiązek poprawiania omyłek, na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, nie jest uzależniony od rodzaju określenia ceny w danym postępowaniu, ani od sposobu jej obliczenia.

Odwołujący zgadza się, iż z pewnością omyłka popełniona przez Odwołującego skutkuje niezgodnością oferty z SIWZ, albowiem wypełniona została przez Odwołującego rubryka, która zgodnie z SIWZ nie powinna była zostać wypełniona. Jednakże sam fakt, że omyłka ta może dotyczyć ceny, która w wyniku poprawienia omyłki może ulec zmianie nie powoduje, że omyłka ma charakter istotny. O istotności omyłki decyduje wielkość zmiany, tj.: o jaką kwotę cena ulegnie zmianie oraz ewentualnie ilość czynności, które musiałby wykonać Zamawiający, aby doprowadzić ofertę do stanu zgodności z SIWZ. Zdaniem Odwołującego, kwota o jaką miałyby być poprawiona oferta Odwołującego z pewnością nie jest istotna z punktu widzenia ceny oferty.

Odwołujący podnosi, iż chybiony jest zarzut Zamawiającego, że oferta nie może być porównywana z innymi ofertami, gdyż naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie można bowiem uznać, że działanie zgodne z postanowieniami ustawy Pzp, może naruszać generalne zasady postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Odwołujący podaje, iż Konsorcjum Halcrow załączyło do swojej oferty pełnomocnictwo konsorcjalne z dnia 3 października 2011 r., udzielone przez spółkę Halcrow Group Limited z siedzibą w Londynie, dla drugiego członka konsorcjum spółki EGIS Poland sp. z o.o., do reprezentowania Konsorcjum Halcrow w przedmiotowym postępowaniu. Pełnomocnictwo to zostało podpisane przez pana Krzysztofa C. Zdaniem Odwołującego, pełnomocnictwo to jest nieważne, albowiem zostało udzielone z przekroczeniem uprawnień przez pana Krzysztofa C. W pełnomocnictwie wskazane zostało, że Pan Krzysztof C podpisując to pełnomocnictwo działa jako osoba upoważniona do jednoosobowej reprezentacji spółki, czyli jako organ spółki a nie jako jej pełnomocnik. Z załączonych dokumentów nie wynika, aby pan Krzysztof C był uprawniony do jednoosobowej

reprezentacji spółki Halcrow Gropu Limited z siedzibą w Londynie. Wobec powyższego nie wiadomo w jakim celu Konsorcjum Halcrow przedstawiło pełnomocnictwo udzielone Panu Krzysztofowi C przez dyrektorów spółki Halcrow Group Limited z siedzibą w Londynie, z dnia 15 września 2011 r. Odwołujący zwraca uwagę, że osoba występująca w charakterze członka organu osoby prawnej (członka zarządu spółki) nie jest jej przedstawicielem i odwrotnie - osoba działająca jako przedstawiciel, nie jest członkiem organu osoby prawnej, uprawnionym do reprezentacji tejże osoby prawnej.

Odwołujący podnosi, iż z pkt 9.1.4 SIWZ, jak również z przepisów ustawy Pzp wynika, że każdy wykonawca powinien był wskazać podstawę do dysponowania osobami, o których mowa szczegółowo w pkt 8.4.2. SIWZ, a w przypadku gdy taką podstawą jest oddanie przez inny podmiot do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, wykonawca powinien dołączyć stosowne zobowiązanie tego podmiotu.

Konsorcjum Halcrow w złożonej ofercie nie zamieściło nigdzie informacji o podstawie do dysponowania ww. osobami. Z załącznika do oferty Konsorcjum Halcrow nie wynika wprost, jakoby te osoby były w bezpośredniej dyspozycji członków Konsorcjum Halcrow. Ponadto, z załącznika tego wynika także, że osoby te często wykonywały zadania dla podmiotów innych niż podmioty wchodzące w skład Konsorcjum Halcrow, a czasem nadal je wykonują. Może to świadczyć, o tym, że osoby te nie pozostają w bezpośredniej dyspozycji Konsorcjum Halcrow. Zamawiający nie zauważył tej niezgodności oferty Konsorcjum Halcrow z SIWZ i zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnienia w zakresie, jaka jest podstawa do dysponowania poszczególnymi osobami wskazanymi w załączniku do oferty i ewentualnie w przypadku stwierdzenia, że podstawą jest korzystanie z zasobów innego podmiotu, wezwania do złożenia stosownych dokumentów, zawierających oświadczenie o zobowiązaniu do oddania przez inny podmiot swoich zasobów do korzystania przez Konsorcjum Halcrow na okres wykonywania zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 19.9. SIWZ jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty miała być cena. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że cena oferty oraz sposób jej przedstawienia w ofercie określony jest w Formularzu Ofertowym oraz w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego (pkt 13.2 SIWZ). W części 28 SIWZ Zamawiający załączył wzór Załącznika 1A do Formularza Ofertowego - Cena Ofertowa. W załączniku tym zawarta została tabela z wyszczególnionymi etapami wykonania zamówienia oraz ze wskazaną już liczbą miesięcy od podpisania umowy, w ciągu których powinny zostać przekazane Zamawiającemu opracowania dotyczące poszczególnych etapów. W tabeli zawartej w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego - Cena Ofertowa zamieszczona została również

kolumna, przeznaczona do wypełnienia, w której w poszczególnych rubrykach każdy z wykonawców miał wpisać wartość netto wynagrodzenia dla każdego z etapów. Jednak dla etapu X należało w tabeli zawartej w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego - Cena Ofertowa, wpisać wartość netto wynagrodzenia jedynie dla podetapów X-1, X-2 i X-3, które łącznie składały się na etap X, samo zaś pole wartości wynagrodzenia netto dla etapu X zostało w tabelce zaciemnione i miało nie podlegać wypełnieniu.

W skład oferty wchodził między innymi wypełniony przez Odwołującego Załącznik 1A do Formularza Ofertowego - Cena Ofertowa (pkt 15.1 lit. a). W Załączniku 1A do Formularza Ofertowego - Cena Ofertowa, Odwołujący wypełnił pole „Wartość netto [PLN]” dla etapu X, poprzez wpisanie kwoty „10 000”.

Pismem z dnia 6 grudnia 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, dotyczących treści złożonej oferty. W owym piśmie Zamawiający wskazał, że Odwołujący na karcie nr 3 swojej oferty, w zaciemnionej rubryce etapu X - wartość netto, wskazał kwotę 10.000 PLN oraz niezależnie od tego wypełnił wymagane rubryki dotyczące etapów X-1, X-2 i X-3 mimo, że zgodnie z Załącznikiem nr 1A do Formularza Ofertowego - Cena ofertowa oraz innymi postanowieniami SIWZ (pkt 4.10 Opisu Przedmiotu Zamówienia, § 5 ust. 1 projektu umowy) Zamawiający postanowił, że dla ustalenia wartości całego etapu X należy enumeratywnie wpisać wartości netto wynagrodzenia jedynie dla etapów X-1, X-2 i X-3.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący w dniu 8 grudnia 2011 r. wysłał do Zamawiającego pismo z wyjaśnieniem zaistniałej omyłki. W swym piśmie Odwołujący wyjaśnił, że w przygotowanym przez niego Załączniku 1A do Formularza Ofertowego - Cena Ofertowa wkradła się niezamierzona omyłka, polegająca na wypełnieniu zaciemnionego pola „Wartość netto [PLN]” dla „Etap X”, poprzez wpisanie kwoty „10 000”, która to omyłka powstała z powodu przeklejania tabel pomiędzy wersją pliku w formacie Excel a wersją pliku w formacie Word. Odwołujący zaznaczył również, że omyłka ta nie wpływała na harmonogram kosztowo-rzeczowy ustanowiony przez Zamawiającego i korekta tejże omyłki także nie zmieni wyżej wspomnianego harmonogramu. Jednocześnie Odwołujący w swym piśmie wniósł o skorygowanie przez Zamawiającego zaistniałej pomyłki, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

W dniu 13 stycznia 2012 r. Odwołujący został powiadomiony przez Zamawiającego o wynikach oceny złożonych ofert oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę nr 10, złożoną przez Konsorcjum Halcrow. Pozostałe oferty złożone przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostały odrzucone. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, powołał się na art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że: „Wprowadzenie wartości „10 000 PLN” w zaciemnione pole Etapu X w Załączniku nr 1A do

Formularza ofertowego - Cena Ofertowa, jest błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy i nie może być on poprawiony na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 UPZP. Jest to błąd co do prawidłowego ustalenia ceny, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Łączna cena ofertowa podana przez wykonawcę uwzględnia wpisaną w zaciemnionym polu, dla „całego” etapu X, kwotę 10.000 złotych, jednocześnie uwzględniając również ceny jednostkowe dla poszczególnych podetapów (1, 2, 3) etapu X. Kwoty 10.000 złotych nie sposób również uznać za sumę ceny oferowanej przez Wykonawcę za podetapy, łącznie wykonawca za podetapy oferuje cenę 20.000 złotych, a nadto ww. kwotę 10.000 (obie kwoty zostały uwzględnione w cenie łącznej). Nie jest więc możliwe uznanie błędu popełnionego przez wykonawcę za omyłkę w rozumieniu p.z.p. Należy jednoznacznie stwierdzić, iż wykonawca obliczając cenę swej oferty nie zastosował się do sposobu obliczenia ceny opisanego w SIWZ i otrzymał cenę ofertową inną niż w przypadku, w którym postępowałby zgodnie z postanowieniami SIWZ. Tym samym oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i nie może być porównywana z innymi ofertami, gdyż naruszałaby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (...) Powyższe potwierdza ugruntowana, w tym zakresie linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej między innymi w wyrokach KIO/UZP 1997/10, KIO/UZP 2182/10, KIO 313/11. Warto wspomnieć również, że uwzględnienie stanowiska wykonawcy co do domniemanej „omyłki” powodowałoby w istocie obniżenie ceny po terminie składania ofert, co z oczywistych przyczyn nie jest dopuszczalne.”

Ja wynika z treści pełnomocnictwa z dnia 3 października 2011 r., Pan Krzysztof C, „upoważniony do jednoosobowej reprezentacji spółki Halcrow Group Limited”, upoważnił spółkę Egis Poland Sp. z o.o. do reprezentowania ww. podmiotu oraz Konsorcjum utworzonego przez powołane spółki, w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie z dokumentów dołączonych do oferty wynika, iż Pan Krzysztof C dysponuje pełnomocnictwem do działania w imieniu Halcrow Group Limited, udzielonym przez dyrektorów tejże spółki, uprawnionych do jej reprezentacji.

Zgodnie z pkt 8.2.3 SIWZ o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Punkt 8.3 SIWZ przewiduje, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami

niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Zgodnie z pkt 8.4.2. SIWZ, w zakresie warunku wskazanego w pkt 8.2.3 SIWZ, Zamawiający przewidział szereg wymogów dotyczących ośmiu konkretnych osób, posiadających wskazane uprawnienia, doświadczenie itp. Ocena przez Zamawiającego spełniania warunku opisanego w punkcie 8.4.2 SIWZ, zgodnie z SIWZ, miała nastąpić na podstawie przedstawionych przez wykonawcę dokumentów, wskazanych w pkt. 9.1.4. SIWZ. Punkt 9.1.4 SIWZ przewiduje natomiast, że na potwierdzenie spełnienia warunków określonych w punkcie 8.2.3. SIWZ, a uszczegółowionych w pkt 8.4.2. SIWZ, wykonawcy powinni przedstawić:

1. wykaz z osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami (sporządzone zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ),
2. w przypadku korzystania z zasobów innych podmiotów pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia,
3. oświadczenie potwierdzające posiadanie przez osoby wymienione w tabelach w punkcie 8.4.2. uprawnień wymaganych na podstawie pkt 9.1.4 lit. c SIWZ.

Załącznik nr 3 do SIWZ określał wzór wykazu osób, które będą wykonywać niniejsze zamówienie i składał się z dwóch części: części A. pn. „*Wykaz osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia*”, w której należało podać imię i nazwisko, doświadczenie, wykształcenie i stanowisko, na które osoba jest proponowana oraz część B. pn. „*Wykaz osób, którymi będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia*”, w której oprócz danych wymienionych w części A należało również podać podstawę dysponowania tymi osobami (np. umowa o dzieło, zlecenie itp.).

W ofercie Konsorcjum Egis znajduje się załącznik nr 3 część A.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Dyspozycja normy prawnej, wynikającej z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zawiera dla zamawiającego nakaz odrzucenia oferty wykonawcy, która zawiera błędy w obliczeniu ceny. Dorobek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje i skład orzekający w niniejszej sprawie popiera prezentowane stanowisko, iż stwierdzenie błędu w

obliczeniu ceny powinno nastąpić w wyniku ustalenia, że sposób obliczenia ceny oferty jest odmienny od tego, który został ustanowiony przez zamawiającego w SIWZ. Innymi słowy, okoliczność, iż wykonawca odstąpił od obliczenia ceny w sposób ustalony przez zamawiającego mieści się w zakresie pojęcia „*błędu w obliczeniu ceny*.” Zatem, podstawową kwestią do ustalenia, w celu rozstrzygnięcia w przedmiocie naruszenia ww. normy, pozostaje każdorazowo stwierdzenie, czy sposób obliczenia ceny został przez zamawiającego wskazany w treści SIWZ i czy został on zastosowany przez wykonawcę.

W niniejszym postępowaniu, Zamawiający stwierdzając błąd w obliczeniu ceny nie przytoczył żadnego postanowienia SIWZ w tym przedmiocie, które naruszyłby Odwołujący. Wskazał jedynie na okoliczność, iż cena oferty zawiera cenę za wykonanie etapu X, który nie podlegał odrębnej wycenie, w odróżnieniu od poszczególnych podetapów w ramach etapu X, a ponadto cena za realizację etapu X nie odpowiada sumie cen za podetapy. Jednakże, jak wynika z postanowień SIWZ (pkt 13.2), zarówno Formularz ofertowy, jak i Załącznik 1A nie zawierają sposobu obliczenia ceny, a służą jedynie jej przedstawieniu. Zdaniem Izby, charakter przedmiotowych formularzy, określony przez Zamawiającego, ma pierwszorzędne znaczenie dla dokonywanej oceny. W niniejszym stanie faktycznym nie sposób nie zauważyć, iż Załącznik 1A ma jedynie znaczenie pomocnicze, z punktu widzenia terminów realizacji zamówienia i poniesienia kosztów za wykonanie poszczególnych etapów. Oznacza to, iż celem przedstawienia danych w Załączniku nr 1A było poinformowanie Zamawiającego, w jaki sposób rozłożą się koszty realizacji inwestycji, biorąc pod uwagę termin wykonania zamówienia. W tych okolicznościach należy dojść do przekonania, że ani Załącznik 1A ani tym bardziej Formularz ofertowy, nie stanowiły opisu sposobu obliczenia ceny, nie służyły również zobrazowaniu tego sposobu. Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 znalazł potwierdzenie.

Na marginesie wypada zauważyć, iż dla prawidłowego zrekonstruowania normy prawnej, zgodnie z którą istnieje bezwzględny nakaz odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, konieczne jest również uwzględnienie treści przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Skoro bowiem ustawodawca nie wyłączył możliwości poprawiania omyłek w odniesieniu do ceny (art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nie zawiera w tym względzie wyłączenia), to w ocenie Izby, stwierdzenie błędu w obliczeniu ceny, możliwe jest po ustaleniu, że jego sanowanie wykracza poza hipotezę przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Niezależnie jednak od tego, czy dany stan faktyczny mieści się w zakresie pojęcia „*błędu w obliczeniu ceny*”, czy też „*niezgodności treści oferty z treścią SIWZ*” (kwalifikacja ta często nastrocza trudności), to nie należy zapominać, iż obowiązek odrzucenia oferty aktualizuje się dopiero po stwierdzeniu, że brak możliwości poprawnie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie, bezspornie Załącznik 1A, stanowiący element SIWZ, nie został wypełniony przez Odwołującego w taki sposób, jak wymagał tego Zamawiający i w tym

zakresie należy dostrzec niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Jednakże, w ocenie Izby, ocena prawna przedmiotowej okoliczności dokonana przez Zamawiającego jest nieprawidłowa. Z faktu, iż „kwoty 10.000 złotych nie sposób również uznać za sumę ceny oferowanej przez Wykonawcę za podetapy, łącznie wykonawca za podetapy oferuje cenę 20.000 złotych, a nadto ww. kwotę 10.000 (obie obie kwoty zostały uwzględnione w cenie łącznej)” nie da się wyprowadzić wniosku, iż Odwołujący omyłki nie popełnił. Wręcz przeciwnie, dostrzeżone sprzeczności świadczą o tym, iż gdzieś wkraść się błąd. Dalej należy zwrócić uwagę, iż sam Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach na fakt popełnienia omyłki. Po drugie, termin realizacji etapu X nie został przez Odwołującego określony, co jak najbardziej może świadczyć o tym, iż wolą Odwołującego nie było wprowadzenie dodatkowej kategorii usługi. Po trzecie, logiczne rozumowanie nie pozwala na przyjęcie, iż Odwołujący, będący profesjonalnym podmiotem, dwukrotnie dokonuje wyceny tego samego etapu, raz globalnie, a następnie w rozbiciu na podetapy i czyni to świadomie. Stąd też w ocenie Izby, fakt popełnienia przez Odwołującego omyłki we wskazanym zakresie nie może budzić wątpliwości.

Zatem, ustalenia wymaga charakter popełnionej omyłki. Sposób zakwalifikowania omyłki, determinuje bowiem dalsze działania zamawiającego. Zaliczenie omyłki do kategorii, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, powoduje powstanie po stronie zamawiającego obowiązku jej poprawienia. Bezsporne w niniejszej sprawie jest, iż popełniona omyłka nie należy do kategorii omyłek, o których mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy poprawienie wskazanej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Tylko bowiem w sytuacji, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty, ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu wyeliminowania niezgodności z SIWZ.

Skoro oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, zawierające propozycję zawarcia umowy, to dopuszczalna jest na gruncie powołanego przepisu zmiana treści przedmiotowego oświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji istotnych postanowień proponowanej umowy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że oferta określa przedmiotowo istotne elementy umowy (*essentialia negotii*). Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, określił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (istotne zmiany) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając

wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty.

Jak już zostało wyżej wskazane, treść oferty obejmuje istotne postanowienia umowy, a więc postanowienia, które odnoszą się m.in. do przedmiotu i ceny. To z kolei niezbicie potwierdza, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, iż poprawienie ceny po otwarciu ofert jest co do zasady dopuszczalne.

W okolicznościach niniejszej sprawy, ewentualne poprawienie omyłek spowoduje, że dojdzie w konsekwencji do poprawienia ceny oferty. Wykreślenie ceny za realizację etapu X i w konsekwencji umniejszenie ceny netto oferty o 10.000,00 zł, z jednoczesnym skorygowaniem podatku VAT i ceny brutto, w ocenie Izby, nie doprowadzi do istotnych zmian w treści oferty. O istotności, w odniesieniu do ceny, w ocenie Izby, można mówić odnosząc wielkość zmiany do wysokości ceny. Jakkolwiek trudno jest ustalić jakąś sztywną granicę w tym zakresie, to nie może budzić wątpliwości, iż korekty stanowiącej 0,4 % wartości zamówienia nie sposób kwalifikować jako istotnej. Nadto, należy mieć na względzie, co ma niebagatelne znaczenie, iż oferta Odwołującego jest ofertą najtańszą spośród ofert ważnych, niezależnie od tego, czy korekta zostanie dokonana. W związku z powyższym, w ocenie Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie.

Stwierdzenie niemożliwości poprawienia omyłek stało się przyczyną odrzucenia oferty. Jak ustalono, przedmiotowa czynność obarczona jest błędem, co przesądza o trafności zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutów skierowanych przeciwko ofercie najkorzystniejszej stwierdzić należy, iż za chybiony należy uznać zarzut naruszenia przepisów art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 i 8. W ocenie Izby, kwestionowane pełnomocnictwo jest prawidłowe. Nieuzasadnione jest przyjęcie, jakoby pełnomocnictwo z dnia 3 października 2011 r., w którym spółka Egis Poland Sp. z o.o. została ustanowiona pełnomocnikiem Konsorcjum utworzonego wraz z Halcrow Group Limited, było nieważne, z uwagi na przekroczenie przez Pana Krzysztofa C uprawnień. Treść pełnomocnictwa udzielonego Panu Krzysztofowi C, jakkolwiek wskazuje na upoważnienie do jednoosobowej reprezentacji, co z kolei, uzasadnia wrażenie, iż działa on jako organ spółki, to jednakże nie treść analizowanego pełnomocnictwa przesądza o rodzaju umocowania do działania i jego zakresie. Nie sposób bowiem pominąć, iż Pan C został upoważniony, na mocy pełnomocnictwa z dnia 15 września 2011 r., udzielonego przez osoby reprezentujące spółkę Halcrow Group Limited, do reprezentowania spółki jako jej pełnomocnik. Stąd też nie budzi wątpliwości, jakkolwiek semantyczna treść spornego pełnomocnictwa nie jest doskonała, w jakim charakterze działa Pan Krzysztof C i jaki jest zakres jego umocowania.

Brzmienie pkt 9.1.4 SIWZ pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, iż oprócz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia należało do oferty dołączyć również informację o podstawie dysponowania tymi osobami. Zamawiający w treści powołanego postanowienia wprost bowiem wskazuje, iż w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, należy przedstawić wykaz tych osób oraz przedmiotową informację. Poza semantycznym uzasadnieniem, na wymóg przedłożenia tej informacji wskazuje również fakt, że Zamawiający odnosi powyższe do załącznika nr 3 do SIWZ, bez ograniczenia co do którejkolwiek części, co oznacza, iż dotyczy on zarówno części A, jak i B. Nadto, nazwa nadana poszczególnym częściom załącznika nr 3 do SIWZ nie przesądza jeszcze o podstawie dysponowania, a jedynie o czasie dysponowania. Co więcej, sam Przystępujący Konsorcjum Egis potwierdził taki sposób rozumienia, wskazując, iż mimo, że wypełnił jedynie część A załącznika nr 3 do SIWZ, to podstawa dysponowania tymi osobami jest różna, są to zarówno pracownicy, jak i osoby współpracujące z wykonawcą. Tymczasem, brzmienie załącznika nr 3 części A wyraźnie wskazuje, iż w tej części należało ująć jedynie osoby, które znajdują się w bezpośredniej dyspozycji wykonawcy, zaś w części B te, którymi wykonawca dysponuje jedynie pośrednio (nie stanowią jego zasobu). Użycie terminu „*będzie dysponował*”, w świetle przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, odnosi się bowiem do potencjału podmiotów innych od wykonawcy.

Jednocześnie za chybiony należy uznać zabieg Odwołującego, który na podstawie wskazanego w części A, związku poszczególnych osób z określoną firmą, wnioskuje o podstawie dysponowania poszczególnymi osobami przez Konsorcjum Egis. Działanie to jest o tyle nieusprawiedliwione, że dotyczy informacji na temat doświadczenia tychże osób.

Złożone w toku rozprawy przez Konsorcjum Egis oświadczenie w tym przedmiocie, jakkolwiek stanowi informację o podstawie dysponowania osobami do realizacji zamówienia, to jednakże nie może mieć takiej doniosłości prawnej, jak chciałby tego Przystępujący. W pierwszej kolejności wskazać bowiem należy, iż po pierwsze, informacja o podstawie dysponowania musi dotyczyć poszczególnych osób i nie może mieć charakteru ogólnego. Po drugie zaś, składanie oświadczeń na rozprawie nie może stanowić sposobu uzupełniania ofert wykonawców. Czynności wezwania do uzupełnienia, dokonanie uzupełnienia i ocena uzupełnionych oświadczeń i dokumentów podlega określonym wymogom (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), a dopiero poprawność oceny dokonanej przez Zamawiającego podlega weryfikacji przez Izbę. Z tych względów oraz mając na uwadze fakt, iż Konsorcjum Egis nie złożyło informacji o podstawie do dysponowania poszczególnymi osobami przeznaczonymi do realizacji zamówienia, Zamawiający zobowiązany jest, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać na złożenia oświadczenia w tym przedmiocie i ewentualnie do złożenia pisemnego

zobowiązania podmiotów, z których potencjału korzysta wykonawca, do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, na okres konieczny do realizacji zamówienia. Stwierdzenie powyższego powoduje, iż zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 zw. z art. 26 ust. 2b należało uznać za uzasadniony.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, z powodu zaniechania czynności wezwania Konsorcjum Halcrow do złożenia dokumentów właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania członków zarządu konsorcjanta Halcrow Group Limited Company z siedzibą w Londynie, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy Pzp, jako pozbawiony jakichkolwiek podstaw faktycznych, bowiem Odwołujący nie wykazał ich istnienia, co więcej, nawet ich nie przytoczył w treści odwołania.

Brak również podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp. Zaniechanie złożenia dokumentów podmiotowych objęte jest hipotezą normy prawnej, wynikającej z przepisu art. 24 ustawy Pzp i stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, a nie jak wskazuje Odwołujący, odrzucenia oferty z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zaś, odrzucenie oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jest dopuszczalne w sytuacji, w której ofertę złożył wykonawca wykluczony z postępowania. Z taką sytuacją w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia.

Odmienne rozstrzygnięcie przez Izbę w przedmiocie omyłek i oceny oferty najkorzystniejszej powoduje, że zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Odrzucenie bowiem prawidłowej oferty i wybór oferty wadliwej stanowi przejaw złamania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Natomiast Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle powołanego przepisu jedynie stwierdzenie, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił na podstawie innych kryteriów oceny ofert niż ustalone w SIWZ, prowadziłoby do przyznania racji Odwołującemu. Tymczasem przedmiotowa okoliczność nie znalazła potwierdzenia w niniejszej sprawie.

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 oraz pkt 2 lit. b 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 wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.599,98 zł.

Przewodniczący: