

Wyrok
z dnia 02 marzec 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Kawa
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 lutego 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2017 r. przez wykonawcę **F. J.G.G. (...) R.** w postępowaniu prowadzonym przez **C.P.E. (...) W.** przy udziale wykonawcy **S.K. e. (...) P.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **F. J.G.G. (...) R.**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15. 000 zł 00 gr
(słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania ;

2.2. zasądza od odwołującego **F. J.G.G. (...) R.** na rzecz zamawiającego **C.P.E. (...) W.** kwotę na 3.600,00gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie.

Przewodniczący

UZASADNIENIE

C.P.E. (...) W., dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zapewnienie bazy konferencyjnej na lata 2016 - 2018 w tym dostarczenie wybranych usług w ramach organizacji posiedzeń Komitetu Monitorującego Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój 2014 - 2020 i spotkań, grup roboczych, warsztatów na potrzeby POWER. Postępowanie zostało podzielone na dwie części.

Niniejsze postępowanie zostało wszczęte przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 r.. poz. 1020) i zgodnie z art. 16 ust. 1 te same ustawy stosuje się do niego przepisy w brzmieniu sprzed wejścia w życie ww. ustawy zmieniającej.

W dniu 2 lutego 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w obu częściach zamówienia. Jako podstawa prawna unieważnienia postępowania wskazany został art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Wobec takiej czynności Zamawiającego wykonawca F. J.G.G. (...) R., dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej i we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione i niezasadne unieważnienie postępowania w części I i II na skutek wadliwej oceny przesłanek unieważnienia i błędne przyjęcie, iż przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- b) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie należytego uzasadnienia unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części I i II. poprzez:
 - a. zaniechanie wykazania zaistnienia przesłanek unieważnienia, a jedynie ograniczenie się do podania ogólnikowych motywów działania Zamawiającego,
 - b. pominięcie wskazania rzekomej podstawy prawnej względnej nieważności umowy uzasadniającej zastosowanie art. 97 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z całkowitym pominięciem wskazania podstawy prawnej rzekomej nieważności umowy, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż podstawa prawna działania zamawiającego nie została w ogóle wskazana, a także

c. oparcie uzasadnienia faktycznego o zdarzenia, które nie miały zdaniem Odwołującego miejsca w przedmiotowym postępowaniu lub też nie mają żadnego wpływu na ocenę jego prawidłowości.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz o nakazanie kontynuowania przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na wstępie prezentowania argumentacji dotyczącej zasadności podniesionych zarzutów podał iż nie jest to pierwsze unieważnienie tego postępowania. Zamawiający już raz podjął próbę unieważnienia postępowania w oparciu o podstawę prawną sformułowaną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W wyniku wniesienia odwołania przez Odwołującego, które zostało uwzględnione przez Zamawiającego, wobec tego KIO postanowieniem z dnia 15 września 2016 r. sygn. KIO 1695/16 umorzyła postępowanie. Niniejsze odwołanie dotyczy zatem kolejnej próby unieważnienia przez Zamawiającego tego samego postępowania. Zaznaczył, że Zamawiający w tym unieważnieniu wskazuje na tę samą co w piśmie z dnia 1 września 2016 r. podstawę prawną unieważnienia, jednakże zmianie uległa argumentacja mająca uzasadnić istnienie podstaw faktycznych dla unieważnienia postępowania przetargowego. Przedmiot zamówienia zaliczony został przez Zamawiającego do grupy tzw. zamówień niepriorytetowych zgodnie z przepisem art. 5 ust.1 Pzp.

Podkreślił, iż podstawowym rozstrzygnięciem, do którego winien dążyć Zamawiający ogłaszający postępowanie o udzielenie zamówienia jest wybór oferty najkorzystniejszej. Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczynane jest bowiem w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wybór oferty najkorzystniejszej jest celem postępowania do którego dążyć powinien Zamawiający. Dlatego też do unieważnienia postępowania może dojść tylko w sytuacjach szczególnych, kiedy nie jest możliwe dalsze jego prowadzenie. W szczególności podkreślił, że wada postępowania stanowiąca podstawę do unieważnienia musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie podlegała unieważnieniu wskutek jej wystąpienia. W tym postępowaniu zdaniem Odwołującego takie sytuacje nie zaistniały. Podkreślił, że zastosowanie unieważnienia z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp może mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Katalog przesłanek z art. 93 ustawy Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn Zamawiający nie może unieważnić postępowania (wyrok SO w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r. sygn. IV Ca 831/10). Nie ulega wątpliwości, iż do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek (wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2016 r. sygn. KIO 812/16). Do tych przesłanek należy zaliczyć:

- a. fakt wystąpienia wady postępowania,
- b. wada musi być niemożliwa do usunięcia,
- c. niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu,
- d. zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 1- 6 ustawy Pzp.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, gdyż jego zdaniem nieprawidłowości poczynione w tym postępowaniu nie mogły zostać usunięte w taki sposób, aby wykonawcy zainteresowani wykonawcy mogli złożyć prawidłową ofertę. Podkreślił, że brak możliwości zawarcia ważnej umowy, o którym mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. oznacza konieczność badania przez Zamawiającego wszystkich okoliczności, które mogą prowadzić do nieważności umowy, a więc zarówno tych wskazanych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. jak i tych, o których mowa w ust. 6 tego artykułu.

Odnosząc powyższe do każdej z czterech okoliczności stanowiących podstawę unieważnienia, podał, że Zamawiający naruszył zasadę przejrzystości postępowania, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez zmianę w formularzu oferty w części II postępowania. Zmiana ta nastąpiła na kilkanaście godzin przed upływem terminu składania ofert, co uniemożliwiło przygotowanie oferty wykonawcom. Znalazło to potwierdzenie w ofercie najkorzystniejszej w tej części postępowania (V.A.).

Wskazał, że pismem z dnia 29 kwietnia 2016 r. Zamawiający dokonał zmiany treści formularza oferty poprzez wskazanie nowego sposobu obliczenia ceny (pierwotne brzmienie SIWZ - str. 36 SIWZ dla cz. I oraz str. 40 dla cz. II - zmienione brzmienie formularza oferty wynika z załączników nr 1 dla cz. I oraz nr 2 dla cz. II do pisma z dnia 29 kwietnia 2016 r.). Następnie Zamawiający w dniu 5 maja 2016 r. o godz. 12:29 (otwarcie miało miejsce 6 maja o godz. 10:00) dokonał ponownej zmiany formularza oferty w zakresie sposobu obliczenia ceny w części II postępowania zmieniając przy tym całkowicie znaczenie (wagę) poszczególnych cen jednostkowych dla ceny całkowitej oferty.

Wskazał, że kalkulowanie cen jednostkowych przez wykonawcę może mieć miejsce, gdy ma on pełną świadomość co do tego jak cena jednostkowa wpływa na cenę całkowitą oferty i tym samym jak ta oferta będzie oceniona w kryterium ceny. Stwierdził, że biorąc pod uwagę powyższe zmiany Zamawiający był zobowiązany dać wykonawcom więcej czasu na przygotowanie (zmianę) oferty, jednak nie przedłużył terminu składania ofert, co w świetle doktryny i orzecznictwa KIO jest działaniem niedopuszczalnym. Zbyt późna zmiana formularza oferty i zaniechanie Zamawiającego w zakresie wydłużenia terminu składania ofert, spowodowało, iż wykonawca V.A. nie tylko przygotował ofertę na „starym” formularzu oferty, ale również nie zdążył dostosować cen jednostkowych do nowego sposobu obliczenia ceny i oceny oferty w kryterium ceny.

Z powyższego wywiódł wniosek, że jeżeli wykonawca który złożył już ofertę w postępowaniu nie mógł dostosować jej do zmiany SIWZ to tym bardziej nowi wykonawcy, którzy chcieliby złożyć ofertę (w związku ze zmianą formularza) nie byłoby w stanie jej przygotować i dostarczyć.

Kolejnym argumentem przemawiającym za potrzebą unieważnienia postępowania była zdaniem Zamawiającego sytuacja iż wprowadzone zostały zmiany przedmiotu zamówienia co do jego zakresu. Zmniejszenie liczby posiedzeń o połowę – z 12 do 10 (cz. I) oraz spotkań - ze 138 do 40 (cz. II) otwierało przed potencjalnymi wykonawcami możliwość zmiany złożonych ofert lub dawało możliwość złożenia oferty nowym wykonawcom, którzy wcześniej nie zdecydowali się na udział w postępowaniu, gdyż np. nie spełniali wymagań aby zapewnić przykładowo wymaganą ilość hoteli. Wynika to z faktu, iż zmiana liczby posiedzeń lub spotkań oznacza mniejsze wymagania w zakresie zakwaterowania, dostępności terminów w hotelach itd. To stwarzało zupełnie nowe warunki dla przygotowania oferty, a tym samym pozwalało na nowe kalkulacje (możliwość większego wyboru hoteli oraz łatwości dobrania terminów przy mniejszej liczbie posiedzeń i spotkań, może wpływać na cenę oferty) na co potrzebny był dodatkowy czas na jej przygotowanie.

Brak dodatkowego terminu szczególnie utrudniał dostęp do zamówienia wykonawcom zagranicznym, którzy musieli by przygotowaną wcześniej ofertę zmienić oraz dostarczyć do zamawiającego w odpowiednim terminie. Niniejsze postępowanie z racji jego wartości i miejsca publikacji ogłoszenia powinno uwzględniać sytuację wykonawców spoza terenu Rzeczypospolitej Polski. W wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r. (sygn. KIO 741/11) Izba wprost stwierdziła, iż taka sytuacja uniemożliwia zawarcie ważnej umowy i wypełnia przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca S.K. e. z siedzibą. Jednakże za przystępującego nikt się nie stawił na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Osią sporu pomiędzy stronami była kwestia, czy w zaistniałym stanie faktycznym spowodowanym zmianami treści SIWZ Zamawiający mógł nadal prowadzić postępowanie

zmierzając do wyboru najkorzystniejszej oferty, czy też winien był to postępowanie unieważnić z powodu, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Na wstępie rozważań i oceny zasadności podniesionych zarzutów Izba wskazuje, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybranie oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy. Zamawiający tym samym zobowiązany jest podjąć wszelkie dopuszczone przez przepisy Pzp czynności zmierzające do realizacji tego celu, w ramach rozpoczętego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie winno podlegać unieważnieniu, jeśli obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Za wadę niemożliwą do usunięcia jest należy uznać tylko taką wadę, której zamawiający nie jest w stanie usunąć z własnej inicjatywy, poprzez dokonanie czynności określonych w prawie zamówień publicznych. Musi to być zatem wada powodująca zdarzenie nieodwracalne, którego konsekwencji Zamawiający nie jest w stanie naprawić poprzez własne działania. Nie każda wada postępowania wywołuje skutek w postaci obligatoryjnego unieważnienia procedury. Dla zastosowania tego skrajnego rozwiązania wymagane jest by, wada była bezwzględnie nieusuwalna, przy czym wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że podlegać może unieważnieniu. Przesłanka unieważnienia postępowania wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp powinna być rozumiana wąsko, a niemożliwa do usunięcia wada to taka, która dotyczy czynności niedającej się unieważnić lub powtórzyć. Podstawa unieważnienia całego postępowania może zachodzić w szczególności, kiedy jeszcze przed otwarciem ofert zaistnieje wada postępowania, a mimo to oferty zostaną otwarte. Taka sama sytuacja dotyczy treści postanowień ogłoszenia o zamówieniu czy SIWZ. Jeśli błędna treść postanowień uniemożliwia złożenie poprawnej oferty to postępowanie winno być unieważnione, gdyż po otwarciu ofert treść SIWZ nie podlega zmianie- poprawie.

Izba oceniając powyższe miała także na względzie to, iż czynność unieważnienia postępowania nie może służyć bezpodstawnemu wycofaniu się przez Zamawiającego z postępowania, które nie spełniło jego oczekiwań, przykładowo co ceny ofert, wykonawcy który złożył najkorzystniejszą ofertę, itd. Dlatego też Izba orzekając w tym przedmiocie miała na względzie wąskie rozumienie wskazanej podstawy unieważnienia postępowania.

Ustawodawca nie wymienił literalnie w ustawie przypadków, kiedy postępowanie zawiera nieusuwalną wadę, ta kwestia musi być odnoszona do każdego przypadku indywidualnie. Oceniając powyższe należy mieć na względzie, iż zasadnicze znaczenie przy ocenie zasadności unieważnienia postępowania, ma potrzeba poszanowania praw wykonawców, którzy uznali za wiążące postanowienia SIWZ, a potem złożyli zgodne z nimi

oferty. Zamawiający nie może zatem swobodnie pozbawiać wykonawców uzyskania zamówienia ze względu na ryzyko unieważnienia umowy, wynikające z braku dołożenia należytej staranności w formułowaniu w szczególności warunków udziału, opisu przedmiotu zamówienia, sposobu kalkulowania i obliczania ceny ofertowej itp. Tym samym niedorzecznością byłoby przyjmować stanowisko iż Zamawiający nie mógłby unieważnić postępowania, chociaż wie, że popełnił na danym etapie błąd, który ma wpływ na wyniki postępowania – byłoby to sprzeczne z logiką i zdrowym rozsądkiem. Ponadto prowadziłyby do niedającej się zaakceptować sytuacji, że Zamawiający mając świadomość błędu, podpisywałby umowę, która narażałaby jego na odpowiedzialność z zakresu dyscypliny finansów publicznych, a także wykonawców na niemożliwość np. ukończenia zamówienia i uzyskania zakładanego zysku. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp powinien zatem dotyczyć sytuacji powiązanych z podstawami opisanymi w art. 146 ust. 6 Pzp.

Izba w świetle powyższych ustaleń, dokonała oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu, gdzie wskazano na sytuacje, które zdaniem Odwołującego nie tworzyły konieczności unieważnienia postępowania. Zamawiający w informacji o odrzuceniu wskazał cztery sytuacje które jego zdaniem uniemożliwiały kontynuację tego postępowania, gdyż postępowanie obarczone było wadą istotną, niemożliwą do usunięcia.

Dwie z wskazanych podstaw unieważnienia postępowania zostało przez Zamawiającego na rozprawie złagodzone poprzez przyjęcie stanowiska, iż w tym zakresie były w postępowaniu nieprawidłowości, ale ostatecznie to nie one przesądzały o potrzebie unieważnienia postępowania. Pierwsza z okoliczności dotyczyła braku żądania od wykonawców złożenia dokumentu, potwierdzającego posiadanie wpisu wykonawcy do rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych, a poprzestaniu tylko na żądaniu złożenia oświadczenia na jego posiadanie. Zamawiający argumentował to tym, że oprócz tylko tego dokumentu żądał od wykonawców wszystkich innych dokumentów podmiotowych, zgodnie z wymogiem obowiązującym przy zamówieniach o wartości powyżej progów unijnych. Izba w sytuacji kiedy do zamówienia stosuje się przepis art. 5 ust.1 Pzp dot. usług niepriorytetowych uznaje, że ten fakt nie mógłby być podstawą do unieważnienia postępowania.

Drugą okolicznością wskazaną w informacji o unieważnieniu postępowania, a która zdaniem Zamawiającego nie miała decydującego wpływu na unieważnienie postępowania była kwestia niezasadnego wykluczenia z postępowania wykonawcy KDK. Jednakże zdaniem Izby, w tym zakresie Odwołujący zasadnie wykazał na stronie 9 odwołania, iż biorąc pod uwagę chronologię czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu brak jest podstaw do stwierdzenia, iż jakkolwiek wykonawca został wykluczony z postępowania, bądź którakolwiek z ofert złożonych w postępowaniu została odrzucona.

Zasadnicze znaczenie zdaniem Izby oraz Zamawiającego dla stwierdzenia nieprawidłowości w postępowaniu, miały kwestie związane ze zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Pierwsza zmiana miała miejsce w dniu 29.04.2016 r., a dotyczyła ona zmniejszenia ilości spotkań w stosunku do ilości określonej w pierwotnej treści SIWZ.

Natomiast druga zmiana treści postanowień SIWZ, miała miejsce w dniu 05.05.2016 r., na kilkanaście godzin przed terminem otwarcia ofert i dotyczyła sposobu obliczenia ceny ofertowej poprzez zmianę znaczenia (wagi) poszczególnych cen jednostkowych, a także zmianie polegającej na tym, że w miejsce prostego sumowania kosztów wprowadzono wzór matematyczny ważący poszczególne ceny jednostkowe.

W zakresie zmiany pierwszej, Zamawiający podnosił iż zmiana dokonana w dniu 29.04.2016 r. została opublikowana w TED dopiero w dniu 03.05.2016 r. Biorąc to pod uwagę wskazywał, że okres na sporządzenie nowych ofert, czy też możliwość złożenia ofert przez nowych wykonawców był stanowczo za krótki, gdyż faktycznie wynosił niecałe trzy dni. Podkreślał, że sytuacja po zmianie SIWZ była na tyle istotna, iż następowało zmniejszenie zakresu przedmiotowego w obu częściach zamówienia, co rozszerzało krąg potencjalnych wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu.

Izba odnosząc się do powyższego stwierdza iż niewątpliwym jest, że oba ustalone terminy na wprowadzenie zmian w ofercie były zbyt krótkie. Przepis Pzp nie ustalają, jaki powinien być ten dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, lecz w tej kwestii wymagane jest, aby był to „rozsądny” i „odpowiedni” okres czasu, pozwalający wykonawcom na przeanalizowanie zmian specyfikacji, nową analizę opłacalności i możliwości złożenia oferty w świetle nowych uwarunkowań SIWZ.

Jednakże, zdaniem Izby, szczególne obawy musi budzić druga zmiana SIWZ zmieniająca całkowicie znaczenie (wagę) poszczególnych cen jednostkowych, dokonana na kilkanaście godzin przed otwarciem ofert, kiedy oferty wielu wykonawców mogły już być złożone lub wysłane do Zamawiającego, a zmiana ta powodowała nie tylko potrzebę przeliczenia ceny ofertowej, ale także zmianę sposobu kalkulacji cen, aby wykonanie zamówienia było opłacalne.

Izba podkreśla iż dla oceny wady postępowanie należy brać pod uwagę ustalone przez Zamawiającego wymagania na termin składania ofert. To, że w danym postępowaniu pomimo szeregu nieprawidłowości co do opisu przedmiotu zamówienia czy też ustalonych terminów może zajść sytuacja, iż jakimś zbiegiem okoliczności dojdzie do złożenia poprawnej oferty nie może przesądzać o braku wady postępowania. Wadę postępowania należy oceniać pod kątem czy dokonany opis wymagań nie powoduje sytuacji iż wykonawca pomimo dochowania staranności nie jest w stanie złożyć poprawnej oferty, lub ustalony termin jest tak krótki, iż ofertę może złożyć lub dokonać jej poprawy tylko wykonawca posiadający wiedzę niedostępną na pewnym etapie innym wykonawcom.

Dlatego też Izba stwierdza, że niewątpliwie wadą postępowania była zmiana SIWZ z dnia 5 maja 2016 roku. W tym zakresie należy również odnieść się do stanowiska Odwołującego jakoby Zamawiający mógł w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp dokonać poprawienia oferty, która zostałaby złożona bez uwzględnienia zmian formularza cenowego wprowadzonych zmianą SIWZ z 5 maja 2016 roku. W tym zakresie Odwołujący podał, że zmiana treści formularza cenowego nie miała wpływu na wynik postępowania, ponieważ i tak znaczenie dla rozliczenia miały ceny jednostkowe, a cena globalna wyliczana – końcowa miała służyć porównaniu ofert, a więc miała dla Zamawiającego tylko znaczenie informacyjne. Podniósł, że tylko oferta jednego z wykonawców VMoris nie zawierała dostosowania wyliczenia ceny do wymagań podanych w wykonawcom w dniu 5 maja. Podkreślił, że niezgodność Zamawiający poprawił, wykonawca tę zmianę zaakceptował, a jedynie w odpowiedzi do Zamawiającego zasugerował, iż tak dokonana zmiana może być zmianą istotną oferty.

Zamawiający w tym zakresie stwierdził, że próba poprawy tej ceny do zasad ustalonych zmianą z 05.05.2016 r. spowodowała sytuację, że cena oferty wykonawcy na II część z kwoty 2,6 ml zł uległa zmniejszeniu na 1,4 ml zł. Zamawiający nie znając sposobu kalkulacji ceny ofertowej przez VMoris, a w szczególności kalkulacji marży nie był w stanie samodzielnie dokonać poprawy w tym trybie. Złożona oferta w tej części pierwotnie była porównywalna cenowo z cenami innych ofert to po zmianie była ona tak niska, iż wydawało się, że jest złożona z rażąco niską ceną. Dlatego też Zamawiający odstąpił od dokonania tej poprawy uznając, że nie jest w stanie sam dokonać bez udziału wykonawcy tej poprawy a dokonana poprawa stanowiłaby istotną zmianę treści oferty.

Izba odnosząc się do powyższego na wstępie wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 87 ust.2 Pzp poprawie mogą podlegać tylko omyłki wykonawcy popełnione w ofercie. Za omyłkę zgodnie z treścią słownika PWN a także linią orzeczniczą sądów, KIO, a także doktr. y uznaje się «*sposzczerzenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, niewłaściwe postępowanie, posunięcie*». Tak więc omyłką jest to błąd wykonawcy przy sporządzaniu oferty, nie mający celowego działania polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. W przedmiotowym stanie faktycznym nie jest możliwe wywiedzenie, że wykonawca VMoris popełnił błąd w ofercie, ponieważ sporządził ofertę wg wymagań Zamawiającego znanych wykonawcy na moment składania oferty. Natomiast zmiana SIWZ na kilkanaście godzin przed upływem terminu składania ofert, kiedy można założyć, że oferta „była w drodze” do Zamawiającego, nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Dlatego też dokonana przez Zamawiającego w „ostatniej chwili” zmiana treści wymagań co do sposobu obliczenia ceny ofertowej, powodowała w tym postępowaniu obiektywną niemożliwość złożenia poprawnej oferty. Dlatego też Izba uznała, że z tej przyczyny w postępowaniu zaistniała wada uniemożliwiająca wykonawcom złożenie

poprawnych ofert i ta wada jest także wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Podnoszenie przez Odwołującego zarzutu iż oferta wykonawcy SMoris i tak podlegałaby odrzuceniu z powodu możliwości wykluczenia go z postępowania z powodu podania nieprawdziwych, zdaniem Izby jest conajmniej przedwczesne, gdyż Zamawiający takiej czynności nie dokonał i tym samym odnosi się tylko do możliwości hipotetycznej.

Izba nie uznała za zasadne zarzutu Odwołującego dotyczącego zaniechania pełnego wykazania zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania. Zamawiający w sposób szczegółowy wskazał dlaczego jego zdaniem zaistniały podstawy do unieważnienia postępowania. Natomiast Odwołujący nie wykazał na rozprawie, iż były jeszcze inne niż wskazane w czynności unieważnienia postępowania przesłanki w oparciu o które Zamawiający unieważnił postępowanie.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała iż w tym stanie faktycznym brak jest możliwości konwalidowania czynności Zamawiającego, tak aby postępowanie mogło być prowadzone nadal, gdyż po otwarciu ofert postanowienia SIWZ stają się ostateczne i niezmiennie. Pomimo tego, że to Zamawiający uzyskał dla siebie pozytywne rozstrzygnięcie Izby to jednak wskazać należy, iż biorąc pod uwagę sposób przygotowania postępowania w kontekście dokonywanych zmian SIWZ powodujących wystąpienie nieusuwalnej wady, to ten fakt niewątpliwie obciąża Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący