

Sygn. akt: KIO 181/17

WYROK
z dnia 10 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 7 i 9 lutego 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2017r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Karox spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Cypriana Norwida 14 i Trasko-Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrzeszowie, Al. Wolności 13** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74**

przy udziale **wykonawcy Safège SAS z siedzibą we Francji w Nanterre, 15-27 Rue du Port, Parc de l'Île** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 181/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Karox spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Cypriana Norwida 14 i Trasko-Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrzeszowie, Al. Wolności 13 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Karox spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Cypriana Norwida 14 i Trasko-Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrzeszowie, Al. Wolności 13 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Karox spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Cypriana Norwida 14 i Trasko-Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w Ostrzeszowie, Al. Wolności 13 na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

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. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na nadzór nad robotami budowlanymi na linii nr 7 w ramach projektu „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock - Lublin w zakresie odcinka Otwock - Lublin o numerze referencyjnym: 6060/ICZ4/08940/03206/16/P zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 kwietnia 2016 roku (2016/S 077-137481).

W dniu 18 stycznia 2017r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Safège z siedzibą we Francji w Nanterre i o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Karox spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Cypriana Norwida 14 i Trasko-Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrzeszowie, Al. Wolności 13 – dalej odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 – dalej ustawy) jako niezgodnej z treścią siwz, co do obliczenia wynagrodzenia stałego i zmiennego za poszczególne etapy realizacji zamówienia na 8 kontraktach.

W dniu 27 stycznia 2017r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 stycznia 2017r. udzielonego przez pełnomocnika obu wykonawców tj. Karox sp. z o.o. i podpisanego przez prezesa zarządu tej firmy ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie ze złożonym odpisem z KRS. Pełnomocnik obu wykonawców działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 lipca 2016r. udzielonego przez obu wykonawców i podpisanego, zgodnie z zasadami reprezentacji każdego z nich, zgodnie z załączonymi do odwołania odpisami z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 27 stycznia 2017r.

Odwołujący wniósł odwołanie od:

- a) zaniechania przez zamawiającego poprawienia omyłek w ofercie odwołującego,
- b) odrzucenia oferty odwołującego, w sytuacji, gdy oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu,
- c) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty SAFEGE w sytuacji, gdy oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą,
- d) prowadzenie przez zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- a) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty odwołującego, oraz ewentualnie naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy,
- b) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy przez nieznajdujące uzasadnienia w okolicznościach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji, gdy oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu,
- c) naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5) ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty SAFEGE w sytuacji, gdy oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą,
- d) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie przez zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wniósł o:

- a) uwzględnienie odwołania w całości na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy,
- b) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, dokonanej na podstawie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5) ustawy,
- c) nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy,
- d) nakazanie powtórzenia czynności obejmującej przeprowadzenie badania i oceny oferty odwołującego z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy oraz ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy,
- e) nakazanie powtórzenia czynności obejmującej przeprowadzenie badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu,
- f) obciążenie kosztami postępowania zamawiającego (ewentualnie - w przypadku wniesienia sprzeciwu - obciążenie kosztami postępowania wykonawcę SAFEGE).

Odwołujący uzasadniając przesłanki dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy wskazał, że w swojej ofercie zaproponował wykonanie zamówienia za łączną cenę brutto w wysokości 39.088.344,57 zł brutto. Cena zaoferowana przez odwołującego była drugą w kolejności, biorąc pod uwagę wszystkie złożone w postępowaniu oferty. Wykonawca, który złożył pierwszą cenę, to jest ECM GROUP POLSKA spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (adres: Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa), zwana dalej ECM, został wykluczony z postępowania. Zatem cena oferty odwołującego złożona w postępowaniu jest najniższa spośród wykonawców nie podlegających wykluczeniu i z pewnością jest niższa niż cena oferty zaproponowana przez SAFEGE w wysokości 42.797.463,91 zł brutto. Wskazał, że

jakkolwiek cena nie była jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej (waga 80%), albowiem zamawiający ustalił jeszcze dwa dodatkowe kryteria w postaci: „Nadzór nad wykonaniem Zadań dodatkowych powyżej wartości określonej w pkt 4.1.1.19 OPZ” (waga 10%) oraz „Wykonanie badań na rzecz Zamawiającego” (waga 10%), to przedmiotowe dodatkowe kryteria oceny ofert są pomijalne albowiem wszyscy wykonawcy zaproponowali maksymalną wartość dla pozostałych (poza ceną) kryteriów wyboru ofert, to jest „Nadzór nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości 25% Zadania Inwestycyjnego” - 10,00 punktów oraz „Wykonanie potrójnej ilości badań wskazanych w pkt 4.2.5 pkt 23 OPZ” - 10,00 punktów. Zatem miarodajna dla porównania ofert jest zaoferowana przez poszczególnych wykonawców cena oferty.

Odwołujący podkreślił, że złożył ofertę o cenie 39.088.344,57 zł brutto, wobec oferty SAFEGE opiewającej na kwotę 42.797.463,91 zł brutto. W przypadku zgodnego z ustawą zastosowania przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy, a także ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy, zamawiający wyliczyłby prawidłową cenę oferty odwołującego na kwotę 41.303.025,67 zł brutto. Zatem skutek zaproponowania przez odwołującego najniższej ceny oferty spośród wykonawców nie podlegających wykluczeniu oraz wobec zaproponowania przez wszystkich wykonawców nie podlegających wykluczeniu maksymalnej wartości dla pozostałych (poza ceną) kryteriów wyboru ofert, oferta odwołującego powinna plasować się na pierwszym miejscu, uzyskując maksymalną liczbę punktów, a więc powinna być uznana za najkorzystniejszą. W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, bezprawne i nieuzasadnione zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego zaistniałych omyłek i w konsekwencji zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spowoduje, że zaistnieje możliwość poniesienia przez odwołującego szkody stanowiącej konsekwencję naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z kolei uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez odwołującego może skutkować uzyskaniem przez odwołującego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, że zgodnie z treścią pisma zamawiającego z dnia 18 stycznia 2017 roku stanowiące informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na podanie nieaktualnych parametrów długości okresu podstawowego oraz długości okresu wydłużonego, które to dane miały zawierać się w tabeli nr 1 stanowiącej element załącznika A do Formularza Ofertowego. Istotnie oferta odwołującego zawiera omyłkę, polegającą na wprowadzeniu do tabeli nr 1 stanowiącej element załącznika A do Formularza Ofertowego nieaktualnych parametrów długości okresu podstawowego oraz długości okresu wydłużonego sprzed modyfikacji SIWZ dokonanej w dniu 05 sierpnia 2016 roku. W ocenie odwołującego, omyłka zawarta w ofercie odwołującego, powinna ulegać poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w

treści oferty oraz ewentualnie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy, jako oczywista omyłka pisarska lub oczywista omyłka rachunkowa, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Odwołujący wyjaśnił, że długość okresu podstawowego oraz długość okresu wydłużonego dla realizacji poszczególnych kontraktów, które to dane miały zawierać się w tabeli nr 1 stanowiącej element załącznika A do Formularza Ofertowego, z punktu widzenia obliczenia ceny oferty jest istotna dla podania współczynnika „p” to jest wyrażonego ułamkowo stosunku okresu wydłużonego do okresu podstawowego. Współczynnik „p” jest następnie podstawiany do działań arytmetycznych niezbędnych do wypełnienia tabeli nr 5 i tabeli nr 7 stanowiących element załącznika A do Formularza Ofertowego.

Podkreślił, że z punktu widzenia zamawiającego najważniejsze było podanie przez odwołującego parametrów wynagrodzenia (stałego i zmiennego) za realizację Etapu 2 w okresie podstawowym określonego parametrem „W”. Odwołujący potwierdził, że prawidłowo podał w ofercie kwoty wynagrodzenia (stałego i zmiennego) za realizację Etapu 2 w okresie podstawowym zarówno łącznie (określonych jako „W”), a także oddzielnie wynagrodzenia stałego za realizację Etapu 2 w okresie podstawowym (określonego jako „40%W”), oraz wynagrodzenia zmiennego za realizację Etapu 2 w okresie podstawowym (określonego jako „60%W”). Podsumowaniem powyższego przedstawił w tabeli, z której wynikają następujące wartości liczbowe:

Kontrakt nr 1- Etap 2 (W) - netto 3 784 921,75 zł, Etap 2 (40%W) – netto 1 513 968,70 zł, Etap 2 (60%W) - netto 2 270 953,05 zł

Kontrakt nr 2 - Etap 2 (W) - netto 3 784 921,75 zł, Etap 2 (40%W) – netto 1 513 968,70 zł, Etap 2 (60%W) - netto 2 270 953,05 zł

Kontrakt nr 3 Etap 2 (W) - netto 3 784 921,75 zł, Etap 2 (40%W) – netto 1 513 968,70 zł, Etap 2 (60%W) – netto 2 270 953,05 zł

Kontrakt nr 4- Etap 2 (W) - netto 3 784 921,75 zł, Etap 2 (40%W) – netto 1 513 968,70 zł, v2 270 953,05 zł

Kontrakt nr 5 - Etap 2 (W) - netto 946 230,44 zł, Etap 2 (40%W) – netto 378 492,18 zł, Etap 2 (60%W) - netto 567 738,26 zł

Kontrakt nr 6 - Etap 2 (W) - netto 3 784 921,75 zł, Etap 2 (40%W) – netto 1 513 968,70 zł, Etap 2 (60%W) - netto 2 270 953,05 zł

Kontrakt nr 7 - Etap 2 (W) - netto 3 784 921,75 zł, Etap 2 (40%W) – netto , Etap 2 (40%W) - netto 513 968,70 zł, Etap 2 (60%W) - netto 2 270 953,05 zł

Kontrakt nr 8- Etap 2 (W) - netto 3 784 921,75 zł, Etap 2 (40%W) – netto 1 513 968,70 zł, Etap 2 (60%W) - netto 2 270 953,05 zł

Odwołujący potwierdził także prawidłowość podanych w treści oferty odwołującego kwot wynagrodzenia za realizację Etapu 1 oraz za realizację Etapu 3, które przedstawiał poniżej w wartościach netto:

Kontrakt nr 1 Etap 1 - 113 547,65 zł, Etap 3 - 264 944,52 zł

Kontrakt nr 2 Etap 1 - 113 547,65 zł, Etap 3 - 264 944,52 zł

Kontrakt nr 3 Etap 1 - 113 547,65 zł, Etap 3 - 264 944,52 zł

Kontrakt nr 4 Etap 1 - 113 547,65 zł, Etap 3 - 264 944,52 zł

Kontrakt nr 5 Etap 1 - 28 386,91 zł, Etap 3 - 66 236,13 zł

Kontrakt nr 6 Etap 1 - 113 547,65 zł, Etap 3 - 264 944,52 zł

Kontrakt nr 7 Etap 1 - 113 547,65 zł, Etap 3 - 264 944,52 zł

Kontrakt nr 8 Etap 1 - 113 547,65 zł, Etap 3 - 264 944,52 zł

Dodał, że kwoty wynagrodzenia wskazane powyżej i odzwierciedlone w ofercie odwołującego, w pełni potwierdzają spełnianie przez ofertę odwołującego wymogów określonych w pkt 13.3 i 13.4 Instrukcji dla Wykonawców stanowiącej element SIWZ, to jest wymagań, że.

- wartość Usługi dla Etapu 1 - wsparcia w prowadzeniu postępowania przetargowego i wyboru Wykonawcy Robót dla danego Kontraktu nie może być niższa niż 1% i nie może być wyższa niż 3 % wartości Usługi dla Etapu 2 - realizacji prac projektowych i Robót w okresie podstawowym dla danego Kontraktu,

- wartość Usługi dla Etapu 3 w okresie gwarancji i zgłaszania wad (obejmującą również Wynagrodzenie w przypadku zastosowania Prawa opcji w pełnym zakresie, tj. łącznie przez okres 5 lat), nie może być niższa niż 7% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu.

Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien był dokonać na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy oraz ewentualnie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy poprawienia długości okresu podstawowego oraz długości okresu wydłużonego, które to dane miały zawierać się w tabeli nr 1 stanowiącej element załącznika A do Formularza Ofertowego. Prawidłowe dane w tabeli nr 1 stanowiącej element załącznika A do Formularza Ofertowego wyznaczają współczynnik „p” dla poszczególnych kontraktów.

Następnie posiadając dane zawarte w ofercie odwołującego, to jest wartość „W”, „40%W”, „60%W” oraz współczynnika „n” prawidłowo podanego przez odwołującego w tabeli nr 4 stanowiącej element załącznika A do Formularza Ofertowego, a także uwzględniając prawidłowo wyliczony współczynnik „p”, zamawiający, zdaniem odwołującego, powinien podstawić wszystkie wyżej wymienione dane do przygotowanego przez siebie wzoru i po wykonaniu działań arytmetycznych odpowiednio zmodyfikować wszystkie wartości oferty odwołującego, które opierały się o współczynnik „p”, w szczególności tabelę nr 5 oraz tabelę nr 7 stanowiące element załącznika A do Formularza Ofertowego.

Zdaniem odwołującego prawidłowe wartości tabeli nr 5 powinny przedstawiać się następująco:

Okres podstawowy Wynagrodzenie stałe netto (40%W) Okres wydłużony
Wynagrodzenie stałe netto (p*n*40%W)

Kontrakt nr 1 Okres podstawowy Wynagrodzenie stałe netto (40%W) - 1 513 968,70 zł,

Okres wydłużony Wynagrodzenie stałe netto (p*n*40%W) - 363.352,49 zł

Kontrakt nr 2 Okres podstawowy Wynagrodzenie stałe netto (40%W) - 1 513 968,70 zł

506.850,39 zł

Kontrakt nr 3 Okres podstawowy Wynagrodzenie stałe netto (40%W) - 1 513 968,70 zł,

Okres wydłużony Wynagrodzenie stałe netto (p*n*40%W) - 506.850,39 zł

Kontrakt nr 4 Okres podstawowy Wynagrodzenie stałe netto (40%W) - 1 513 968,70 zł,

Okres wydłużony Wynagrodzenie stałe netto (p*n*40%W) - 295.752,03 zł

Kontrakt nr 5 Okres podstawowy Wynagrodzenie stałe netto (40%W) - 378 492,18 zł, Okres

wydłużony Wynagrodzenie stałe netto (p*n*40%W) - 132.472,26 zł

Kontrakt nr 6 Okres podstawowy Wynagrodzenie stałe netto (40%W) - 1 513 968,70 zł,

Okres wydłużony Wynagrodzenie stałe netto (p*n*40%W) - 529.889,05 zł

Kontrakt nr 7 Okres podstawowy Wynagrodzenie stałe netto (40%W) - 1 513 968,70 zł,

Okres wydłużony Wynagrodzenie stałe netto (p*n*40%W) - 529.889,05 zł

Kontrakt nr 8 Okres podstawowy Wynagrodzenie stałe netto (40%W) - 1 513 968,70 zł,

Okres wydłużony Wynagrodzenie stałe netto (p*n*40%W) - 529.889,05 zł

Natomiast prawidłowe wartości tabeli nr 7 powinny przedstawiać się następująco:

Kontrakt Wynagrodzenie za Etap 1 Wynagrodzenie za Etap 2 Wynagrodzenie za
Etap 3 Suma

netto vat brutto netto vat brutto netto vat brutto

Kontrakt 1 Wynagrodzenie za Etap 1 netto 113 547,65, Wynagrodzenie za Etap 1 vat -

26 115,96, Wynagrodzenie za Etap 1 brutto - 139 663,61, Wynagrodzenie za Etap 2 netto, -

4 148 274, 24Wynagrodzenie za Etap 2 vat - 954 103,08 Wynagrodzenie za Etap 2 brutto - 5

102 377,32, Wynagrodzenie za Etap 3 netto - 264 944,52 Wynagrodzenie za Etap 3 vat 60

937,24, Wynagrodzenie za Etap 3 brutto - 325 881,76, Suma - 5 567 922,69

Kontrakt 2 Wynagrodzenie za Etap 1 netto113 547,65, Wynagrodzenie za Etap 1 vat - 26

115,96, Wynagrodzenie za Etap 1 brutto - 139 663,61, Wynagrodzenie za Etap 2 netto - 4

291 772,14, Wynagrodzenie za Etap 2 vat - 987 107,59, Wynagrodzenie za Etap 2 brutto - 5

278 879,74, Wynagrodzenie za Etap 3 netto - 264 944,52, Wynagrodzenie za Etap 3 vat - 60

937,24, Wynagrodzenie za Etap 3 brutto 325 881,76, Suma - 5 744 425,11

Kontrakt 3 Wynagrodzenie za Etap 1 netto - 113 547,65, Wynagrodzenie za Etap 1 vat - 26 115,96, Wynagrodzenie za Etap 1 brutto - 139 663,61, Wynagrodzenie za Etap 2 netto - 4 291 772,14, Wynagrodzenie za Etap 2 vat - 987 107,59, Wynagrodzenie za Etap 2 brutto - 5 278 879,74, Wynagrodzenie za Etap 3 netto - 264 944,52, Wynagrodzenie za Etap 3 vat - 60 937,24, Wynagrodzenie za Etap 3 brutto - 325 881,76, Suma- 5 744 425,11

Kontrakt 4 Wynagrodzenie za Etap 1 netto 113 547,65, Wynagrodzenie za Etap 1 vat - 26 115,96, Wynagrodzenie za Etap 1 brutto - 139 663,61, Wynagrodzenie za Etap 2 netto - 4 080 673,78, Wynagrodzenie za Etap 2 vat - 938 554,97, Wynagrodzenie za Etap 2 brutto - 5 019 228,75, Wynagrodzenie za Etap 3 netto - 264 944,52, Wynagrodzenie za Etap 3 vat - 60 937,24 - Wynagrodzenie za Etap 3 brutto - 325 881,76, Suma - 5 484 774,12

Kontrakt 5 Wynagrodzenie za Etap 1 netto - 28 386,91, Wynagrodzenie za Etap 1 vat - 6 528,99, Wynagrodzenie za Etap 1 brutto - 34 915,90, Wynagrodzenie za Etap 2 netto - 1 078 702,70, Wynagrodzenie za Etap 2 vat - 248 101,62, Wynagrodzenie za Etap 2 brutto - 1 326 804,32, Wynagrodzenie za Etap 3 netto - 66 236,13, Wynagrodzenie za Etap 3 vat - 15 234,31 Wynagrodzenie za Etap 3 brutto - 81 470,44, Suma - 1 443 190,66

Kontrakt 6 Wynagrodzenie za Etap 1 netto - 113 547,65, Wynagrodzenie za Etap 1 vat - 26 115,96 Wynagrodzenie za Etap 1 brutto - 139 663,61, Wynagrodzenie za Etap 2 netto - 4 314 810,80, Wynagrodzenie za Etap 2 vat - 992 406,48, Wynagrodzenie za Etap 2 brutto - 5 307 217,28, Wynagrodzenie za Etap 3 netto - 264 944,52, Wynagrodzenie za Etap 3 vat - 60 937,24, Wynagrodzenie za Etap 3 brutto - 325 881,76, Suma - 5 772 762,66

Kontrakt 7 Wynagrodzenie za Etap 1 netto - 113 547,65, Wynagrodzenie za Etap 1 vat - 26 115,96, Wynagrodzenie za Etap 1 brutto - 139 663,61, Wynagrodzenie za Etap 2 netto - 4 314 810,80, Wynagrodzenie za Etap 2 vat - 992 406,48, Wynagrodzenie za Etap 2 brutto - 5 307 217,28, Wynagrodzenie za Etap 3 netto - 264 944,52, Wynagrodzenie za Etap 3 vat - 60 937,24, Wynagrodzenie za Etap 3 brutto - 325 881,76, Suma - 5 772 762,66

Kontrakt 8 Wynagrodzenie za Etap 1 netto - 113 547,65, Wynagrodzenie za Etap 1 vat - 26 115,96, Wynagrodzenie za Etap 1 brutto - 139 663,61, Wynagrodzenie za Etap 2 netto - 4 314 810,80, Wynagrodzenie za Etap 2 vat - 992 406,48, Wynagrodzenie za Etap 2 brutto - 5 307 217,28, Wynagrodzenie za Etap 3 netto - 264 944,52, Wynagrodzenie za Etap 3 vat - 60 937,24, Wynagrodzenie za Etap 3 brutto - 325 881,76, Suma - 5 772 762,66

Całkowita cena ofertowa brutto - 41 303 025,67

Całkowita cena ofertowa netto - 33 579 695,67

Tym samym, wyliczona na podstawie prawidłowych parametrów długości okresu podstawowego oraz długości okresu wydłużonego, które to dane miały zawierać się w tabeli nr 1 stanowiącej element załącznika A do Formularza Ofertowego, cena oferty odwołującego wynosi:

33.579.695.67zł (słownie złotych: trzydzieści trzy miliony pięćset siedemdziesiąt dziewięć tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt pięć 67/100) netto, to jest

41.303.025.67zł (słownie złotych: czterdzieści jeden milionów trzysta trzy tysiące dwadzieścia pięć 67/100) brutto.

Stanowisko odwołującego w zakresie konieczności dokonania przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy oraz ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy zaistniałej w ofercie odwołującego omyłki, potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazał wyrok KIO z dnia 08 stycznia 2016 roku (sygn. akt: KIO 2764/15), wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2012 roku (sygn. akt: KIO 1095/12)

W dniu 30 stycznia 2017r. zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 1 lutego 2017r. wykonawca Safege SAS z siedzibą we Francji w Nanterre, 15-27 rue du Port, Parc de l'Île dalej przystępujący zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 listopada 2016r. udzielonego przez Dyrektora Generalnego przystępującego, zgodnie z wyciągiem z Rejestru Handlowego i Spółek Sądu Handlowego w Nanterre. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 31 stycznia 2017r.

W dniu rozprawy zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie oraz obciążenie odwołującego i przyznanie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. W ocenie zamawiającego całość podnoszonej przez odwołującego argumentacji nie znajduje zarówno uzasadnienia prawnego, jak i faktycznego, wobec czego uznać należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wskazał, że w dniu 20 kwietnia 2016 r. na stronie internetowej zamawiającego opublikowana została Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dla projektu nr. 5.1-11 pn. „Nadzór nad robotami na linii nr 7 w ramach projektu prace no Unii Kolejowej nr 7 Warszavo Wschodnia Osobowo- Dorohusk no odcinku Warszawa- Otwock- Dęblin- Lublin, w zakresie odcinka Otwock- Dęblin- Lublin/” (zwanego dalej: „zamówieniem”), której treść następnie była kilkakrotnie modyfikowana przez zamawiającego w dniach: 8 września, 24 czerwca, 12 lipca, 29 lipca, 5 sierpnia, 23 sierpnia, 24 sierpnia 2016 r. (zgodnie z brzmieniem art. 38 ust. 4 ustawy: „W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust 5 stosuje się odpowiednio.)

W ramach jednej z tych modyfikacji, zamawiający dokonał zmian w tabeli nr 1, znajdującej się w załączniku A do Formularza Ofertowego.

Odwołujący złożył ofertę, w której nie uwzględniło wspomnianej zmiany. Uwzględnienie wprowadzonych przez zamawiającego modyfikacji tabeli nr 1 skutkowałoby zmianą wartości zamówienia, określonej w punkcie 4 Formularza Ofertowego. W ramach dokonanych przez siebie modyfikacji siwz, zamawiający dokonał zmiany treści tabeli nr 1, stanowiącej załącznik A do Formularza Ofertowego, w zakresie dotyczącym długości okresu podstawowego oraz długości okresu wydłużonego dla realizacji poszczególnych kontraktów składających się na zamówienie. Zamawiający dokonał podziału całości zamówienia na osiem kontraktów, wyznaczając różne okresy ich realizacji. Zamawiający w treści siwz wskazał na sposób obliczania ceny oferty, stanowiąc że: „Całkowita cena ofertowa składać się będzie z sumy cen zaoferowanych za Usługę świadczoną dla każdego z Kontraktów. Na całkowitą sumę ofertową dla każdego z kontraktów składa się:

- 1) Wynagrodzenie za etap 1, stanowiące ekwiwalent za Usługi Inżyniera na Etapie 1- wsparcia w prowadzeniu postępowania przetargowego i wyboru Wykonawcy Robót dla Kontraktu, nie niższe niż 1% i nie wyższe niż 3% wartości Usługi dla Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego kontraktu.
- 2) Wynagrodzenie za Etap 2, stanowiące ekwiwalent za wykonanie Usługi na Etapie 2- realizacji robót.
- 3) Wynagrodzenie za etap 3, stanowiące ekwiwalent za wykonanie Usługi na etapie 3- w okresie gwarancji i zgłaszania wad (obejmujące również Wynagrodzenie w przypadku zastosowania Prawa opcji w pełnym zakresie, tj. łącznie przez okres pięciu lat), nie niższe niż 7% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu w tym nie niższe niż:
 - I. 4% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu dla okresu minimalnego wykonywania usługi w Etapie 3, tj. przez okres 2 lat;
 - II. 1% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu dla każdego kolejnego roku wykonywania usługi w Etapie 3.

Jak wynika z załącznika A do Formularza Ofertowego, odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia dla poszczególnych Kontraktów za cenę brutto 39 088 344, 57 zł Cena ofertowa została jednak przez niego obliczona bez uwzględnienia modyfikacji siwz.

Zamawiający wskazał, że dokonując zmian w siwz, postępował zgodnie z dyspozycją art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy; Jeżeli zmiana, o której mowa w ust 1, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający

przedłużyć termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust 8, termin składania: 1) ofert nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej - w trybie przetargu nieograniczonego."

Obowiązek przedłużenia przez zamawiającego termin na składanie ofert ma na celu umożliwienie wykonawcom zapoznania się z treścią zmian dokonanych w siwz oraz dostosowanie swojej oferty do treści zmienionej siwz. Ustawodawca nakłada zatem na wykonawców - w sposób pośredni - obowiązek dostosowania treści swojej oferty do zmienionych wymagań zamawiającego. Jednocześnie na wykonawcy spoczywa obowiązek dochowania należytej staranności polegający na obserwowaniu wszelkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która chociażby w wyroku z dnia 19 stycznia 2012 roku, sygn. akt: KIO 56/12.

Zamawiający stwierdził, że skoro oferta każdego z wykonawców stanowi oświadczenie woli zawarcia umowy, na warunkach w niej określonych i jej treść musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w brzmieniu obowiązującym w terminie składania ofert, to oferta odwołującego skonstruowana w oparciu o nieaktualne postanowienia siwz nie wiąże zamawiającego z uwagi na brak tożsamości zakresu przedmiotowego oświadczeń kontrahentów. Zatem nieuwzględnienie przez odwołującego w treści oferty modyfikacji postanowień siwz będzie skutkowało niezgodnością tejże oferty z treścią siwz, a w konsekwencji koniecznością jej odrzucenia. Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: Jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 pkt 3". W myśl przywołanego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy: „Zamawiający poprawia w ofercie: (...) 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty".

Niezasadny jest zatem, w ocenie zamawiającego, zarzut odwołującego dot. naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty odwołującego, oraz ewentualnie naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy. Niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy poprzez nieznaidujące uzasadnienia w okolicznościach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji, gdy oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu.

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku niezgodności formalnych, zamawiający powinni być ostrożni w badaniu tego typu spraw i zasadniczo nie jest wskazanym odrzucanie ofert w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Odmiennie jest jednak w przypadku niezgodności treści oferty z treścią siwz, która ma charakter merytoryczny – tak KIO w wyroku z dnia 14 czerwca 2011 roku (sygn. akt: KIO 1125/11). W ocenie zamawiającego niezgodność w ofercie odwołującego powstała przez zastosowanie pierwotnego formularza i ma charakter merytoryczny, a jej ewentualna korekta przez zamawiającego skutkowałaby istotną zmianą treści jego oferty w zakresie odnoszącym się do świadczenia, jakiego oczekuje odwołujący w zamian za wykonanie przedmiotu zamówienia. Z tego względu zamawiający uważa, że prawidłowo odrzucił ofertę, powołując się na komentarz J. A. – S. „Odrzucenie oferty niezgodnej z siwz – komentarz praktyczny. Ponadto załącznik nr A nie może być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż określa zakres świadczenia wzajemnego zamawiającego, odpowiadającemu świadczeniu wykonawcy. Wskazał na wyroki Izby sygn. akt KIO 451/16, KIO 1294/14. W ocenie zamawiającego, gdyby wykonawcy mogli składać oferty na różnych formularzach naruszona byłaby uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców.

W dniu rozprawy przystępujący złożył pismo uczestnika postępowania i podniósł, że zarzuty i argumentacja odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Niezgodność stwierdzona w ofercie odwołującego nie jest możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a zatem zamawiający słusznie odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Niespornym jest zdaniem przystępującego, iż w ofercie złożonej przez odwołującego zachodzi niezgodność z treścią siwz. Zadeklarowany zakres przedmiotu zamówienia jest odmienny niż wymagany w postępowaniu. Zgodnie z brzmieniem art. 140 ust. 1 ustawy, ma to istotne znaczenie zarówno dla zakresu świadczenia odwołującego, jak i dla wyceny złożonej oferty. W tym miejscu należy wskazać, że błąd odwołującego nie wynika z jakichkolwiek sprzeczności bądź niejasności siwz (a zatem nie powstał z winy zamawiającego), lecz jest wyłącznie skutkiem niedochowania przez odwołującego należytej staranności na etapie przygotowania oferty. Podkreślenia wymaga fakt, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, to oferent jako profesjonalista jest zobowiązany do starannego przygotowania oferty w przetargu. Tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2015 r. KIO 2729/15.

W ocenie przystępującego błąd w ofercie, popełniony przez odwołującego nie może być zakwalifikowany ani jako oczywista omyłka pisarska, ani jako oczywista omyłka rachunkowa, ani jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, gdyż błąd odwołującego polegał na zaoferowaniu okresów świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia odmiennych niż wymagane przez zamawiającego. Długości okresów podstawowego i wydłużonego są w

ocenie przystępującego kluczowe dla realizacji przedmiotu zamówienia i jego wyceny, szczególnie w Etapie 2, gdzie oczekiwane jest stosunkowo największe zaangażowanie wykonawcy i jego personelu. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług nadzoru, przy wykorzystaniu osób o wysokich kwalifikacjach i kompetencjach. Podkreślił, że od zakresu nadzorowanego kontraktu (rodzaju robót, ilości branż), zależy również ilość zaangażowanego personelu, a co za tym idzie powoduje różnoraki sposób kształtowania się kosztów i wartości oferowanych usług. Takie wnioski nasuwają się również w odniesieniu do złożonej przez odwołującego oferty. W ocenie przystępującego wynagrodzenie dla świadczenia usług przy tej samej liczbie i podobnej liczbie miesięcy realizacji usługi w ofercie odwołującego rozkłada się równomiernie. Przystępujący stwierdził, że jest ono odzwierciedleniem kosztów wykonywania usługi dla okresów pierwotnie określonych przez zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę trudno przystępującemu uwierzyć (mając na uwadze treść odwołania co do zmiany jedynie wynagrodzenia z okresu wydłużonego), że zmniejszenie ilości miesięcy świadczenia usług dla Etapu 2 w okresie podstawowym (przykładowo kontrakt 6,7 lub 8) z 40 miesięcy na 8 nie wpływa na wartość kosztów, a co za tym idzie na wartość wynagrodzenia. Przystępujący wskazał, że w przedmiotowej sprawie trudno odnaleźć uzasadnienie dla możliwości samowolnego zwiększenia przez zamawiającego wynagrodzenia odwołującego o ponad 112% (z ok. 1,5 PLN netto do 3,3 mln PLN netto) w kontekście powyżej przytoczonych faktów, jak i mając na uwadze specyfikę przedmiotu zamówienia niemożliwym jest uznanie popełnionego przez odwołującego błędu za nieistotną omyłkę. Przy ustalonym w postępowaniu sposobie wynagradzania wykonawcy, długość trwania okresu podstawowego i wydłużonego ma wyjątkowo istotne znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia i jego wyceny - świadczą o tym chociażby liczne pytania i wnioski wykonawców w toku postępowania o maksymalnie dokładne i pewne określenie przez zamawiającego okresu trwania poszczególnych etapów i realnych możliwości ich przedłużenia. Biorąc pod uwagę (w doniesieniu do czasu) same liczby wskazane w pierwotnym formularzu ofertowym, łączna liczba miesięcy świadczenia usług w Etapie 2 w okresie podstawowym wynosiła 289 miesięcy natomiast po modyfikacji wyniosła 160 (o 129 miesięcy mniej). Zmieniła się też struktura i proporcje okresu trwania Etapu 2 i okresu wydłużonego (w ramach Etapu 2 w okresie wydłużonym pierwotnie miało być w sumie 56 miesięcy, po modyfikacji łączny czas wydłużony wyniósł 64 (o 8 miesięcy dłużej) - okoliczności te mają też znaczenie przy szacowaniu ceny, z uwagi na różnice jakim te okresy się te charakteryzują. Zatem zdaniem przystępującego nie można poprawić błędu jaki popełnił odwołujący w sposób wskazany w odwołaniu z uwagi na to, iż zamawiający nie dysponował ani nie dysponuje wystarczającymi informacjami aby tego dokonać, a możliwości poprawy są różne. Przystępujący wskazał, że w wyniku zmiany siwz (skrócenie

czasu trwania usługi jak i redukcja zaangażowania personelu), zmiany formularza ofertowego, SAFEGE dokonało redukcji ceny oferty, a nie jej podwyższenia.

O istotności zmiany oferty przeprowadzonej zgodnie z żądaniami odwołania, w ocenie przystępującego świadczy również fakt, iż w konsekwencji prowadzi ona do zmiany wynagrodzenia wykonawcy i to poprzez jego podwyższenie o 2 214 681,10 PLN brutto w stosunku do pierwotnie zaoferowanej ceny oferty. Na obecnym etapie, po otwarciu ofert, odwołujący dysponuje możliwością wskazania takiego sposobu poprawienia popełnionej omyłki, który będzie dla niego najkorzystniejszy, tj. doprowadzi do maksymalnego możliwego zwiększenia ceny ofertowej, która jednocześnie pozostanie niższa niż cena oferty uczestnika postępowania. Na uznanie zdaniem przystępującego nie zasługują też twierdzenia odwołującego, że sposób poprawienia omyłki w jego ofercie jest jednoznaczny i zamawiający może go dokonać samodzielnie, dokonując wyłącznie zmiany parametru „p”. Cena za realizację Etapu 2 była uzależniona od więcej niż tej jednej zmiennej, zaś obecne deklaracje odwołującego, co do tego, które z parametrów podlegają poprawieniu, nie zasługują zdaniem przystępującego na wiarygodność.

Dla każdego z kontraktów wykonawcy mieli określić parametr W, czyli wyjściową wysokość wynagrodzenia. Zgodnie z deklaracją odwołującego, wartość W dla każdego z kontraktów została określona „prawidłowo” i powinna pozostać niezmienną. Takie oświadczenie odwołującego budzi u przystępującego duże wątpliwości, oznaczałoby bowiem, że odwołujący dokonuje ustalenia wynagrodzenia za usługi nadzoru na danym kontrakcie niezależnie od długości jego trwania. Przeczy również temu treść złożonej oferty - z tabeli, w której odwołujący wpisywał wartość wynagrodzenia podstawowego netto za realizację Etapu 2 (str.4 i 5 oferty odwołującego) wynika, że odwołujący przypisywał zbliżoną wartość wynagrodzenia tym okresom, dla których zbliżona była długość trwania okresu podstawowego (w pierwotnej wersji siwz, przed zmianą, okres wydłużony dla każdego z kontraktów wynosił 7 miesięcy).

2. Tymczasem, po zmianie dokonanej przez zamawiającego i aktualnie obowiązującej w postępowaniu siwz, okresy podstawowe i wydłużone mają zróżnicowane wartości. Mimo to, odwołujący utrzymuje, że wartości „W” podane w złożonej ofercie, nie podlegają zmianie sugerując, że długość okresu świadczenia usługi nie ma wpływu na wartość oferowanego przez wykonawcę wynagrodzenia. Jedyny parametr, który miałby podlegać zmianie to stosunek pomiędzy okresem podstawowym i wydłużonym, czyli parametr oderwany od faktycznej długości świadczenia usługi (uległ on nierównomiernej zmianie w wyniku modyfikacji siwz zmieniającej długości okresów dla poszczególnych kontraktów). Przystępujący przedstawił tabelaryczne zestawienie okresów podstawowego i wydłużonego przed modyfikacją i po modyfikacji dla każdego z kontraktów.

3. Przedstawiony w odwołaniu sposób poprawienia oferty odwołującego nie jest w ocenie przystępującego jedynym możliwym do przyjęcia w przedmiotowej sytuacji i zamawiający nie ma pewności, jak należałoby poprawić ofertę. Wybór sposobu wskazywanego przez odwołującego, na obecnym etapie stanowi zdaniem przystępującego de facto niedopuszczalne negocjacje wynagrodzenia ofertowego i pozostawia odwołującemu pole do manipulacji sposobem poprawienia oferty w celu poprawienia swojej sytuacji w postępowaniu. Odwołujący zna bowiem ceny zaofertowane przez pozostałych wykonawców, zaś zamawiający nie wie, które ze zmiennych wykorzystywanych w celu ustalenia wynagrodzenia za Etap 2 powinny podlegać poprawieniu. Zmianie mogłyby równie dobrze podlegać bowiem wartość wynagrodzenia „W” oraz wskaźnik „n”. Zamawiający nie może samodzielnie zdeterminować, które parametry i w jaki sposób podlegają zmianie, jak również nie może opierać się w tym zakresie na twierdzeniach odwołującego bez naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a zatem - występująca w ofercie odwołującego niezgodność nie nadaje się do poprawienia.

4* Przykładowo, alternatywnym sposobem poprawienia omyłki byłoby przyjęcie, że wartość wynagrodzenia na danym kontrakcie ustalana jest jako wynagrodzenie miesięczne (co jest zgodne z przyjętym w umowie sposobem wynagradzania), a zatem zmiana długości okresu podstawowego i wydłużonego powoduje nie tylko zmianę „p”, ale również W?, tj.:

- przeliczamy wysokość wynagrodzenia podstawowego netto z oferty (tabela 3 str. 4-5 oferty) na stawkę miesięczną (np. dla kontraktu nr 1: $1\ 513\ 968,70\ \text{zł}/40\ \text{m-cy} = 37\ 849,22\ \text{zł/m-c}$);
- mnożymy poprawną ilość miesięcy przez wyżej wyliczoną stawkę dla danego kontraktu (np. $37\ 849,22\ \text{zł/m-c} * 35\ \text{m-cy} = 1\ 324\ 722,70\ \text{zł}$);
- od wyliczonej w ten sposób wartości W, zgodnie ze wzorami ustalonymi przez zamawiającego, wylicza się wynagrodzenie maksymalne dla Etapu 2 stanowiące składnik całkowitej ceny ofertowej brutto (wpisywane do tabeli nr 7);
- uzyskana w ten sposób wartość wynagrodzenia podstawowego netto za realizację Etapu 2 (W) jest odmienna - i w ostatecznym rozrachunku zdecydowanie niższa - niż wartość wyliczona zgodnie z metodą przyjętą w odwołaniu (np. dla kontraktu nr 1 będzie różnica wynosi $3\ 784\ 921,75\ \text{zł}$ do $1\ 324\ 722,70\ \text{zł}$, czyli o 65% mniej).

5. Powyższa symulacja przeprowadzona została wyłącznie w odniesieniu do parametru „W”, podczas gdy cena wynagrodzenia za Etap 2 zależy również od wskaźnika „n”, który również był deklarowany przez wykonawców w składanych ofertach i zamawiający nie wie, jaką wartość powinien przyjąć dokonując poprawienia oferty i zmiany podlegających wycenie długości okresów świadczenia usługi na poszczególnych kontraktach.

6. Zdaniem przystępującego w takiej sytuacji, nie sposób uznać za dopuszczalne poprawienia przedmiotowej niezgodności oferty z treścią siwz jako omyłki nie mającej

istotnego wpływu na treść złożonej oferty. Przystępujący wskazał, że nie każda pomyłka w ofercie jest możliwa do poprawienia zgodnie z przepisami ustawy, szczególnie mając na uwadze, iż poprawienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi wyjątek od reguły niezmienności treści oferty, który jako taki, nie powinien podlegać interpretacji rozszerzającej

Odwołujący domagając się ewentualnego poprawienia niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy, nie przedstawia zdaniem przystępującego sposobu, w jaki miałyby to zostać dokonane ani nie uzasadnia, że stwierdzoną w ofercie niezgodność można zakwalifikować jako omyłkę pisarską lub rachunkową. W tym zakresie zatem w ocenie przystępującego, zarzuty i żądania odwołania nie powinny w ogóle podlegać rozpoznaniu, gdyż postawione zarzuty ograniczają wyłącznie do wskazania podstaw prawnych, natomiast nie zawierają wymaganego dla prawidłowej konstrukcji zarzutu przedstawienia okoliczności faktycznych zarzutu i dowodów na poparcie jego zasadności. Co więcej w okolicznościach omawianej sprawy poprawienie przez zamawiającego błędów oferty odwołującego niosłoby za sobą ryzyko potencjalnych roszczeń zarówno ze strony odwołującego jak również innych oferentów, którzy mogliby uznać, że dokonanie za oferenta tak rozległej korekty narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Ponadto wiązałoby się również z brakiem porównywalności ofert.

Powyższą argumentację według przystępującego potwierdza orzecznictwo KIO:

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2015-08-12, sygn. akt KIO 1658/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2016-09-19, sygn. akt KIO 1294/16, KIO 1299/16.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami oraz modyfikacji siwz z dnia 5 sierpnia 2016r. i wszystkich złożonych ofert.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła:

W rozdziale 13 siwz zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny, zgodnie z którym:

Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce).

Cena oferty oraz sposób jej przedstawienia w ofercie określony jest w Formularzu Ofertowym oraz w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego.

Wartość Usługi dla Etapu I – wsparcia w prowadzeniu postępowania przetargowego i wyboru Wykonawcy Robót dla danego Kontraktu nie może być niższa niż 1% i nie może być wyższa

niż 3 % wartości Usługi dla Etapu 2 – realizacji prac projektowych i Robót w okresie podstawowym dla danego Kontraktu.

Wartość Usługi dla Etapu 3 w okresie gwarancji i zgłaszania wad (obejmującą również Wynagrodzenie w przypadku zastosowania Prawa opcji w pełnym zakresie, tj. łącznie przez okres 5 lat), nie może być niższa niż 7% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu.

W przypadku zaferowania ceny oferty w sposób niezgodny z pkt 13.3 i 13.4 oferta taka zostanie uznana za niezgodną z SIWZ.

W przypadku Wykonawcy zagranicznego, który nie jest zarejestrowany w Polsce (i który nie doliczył wartości podatku VAT do oferowanej ceny), Zamawiający w celu dokonania oceny oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny (netto), podatek od towarów i usług, który Zamawiający miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Zamawiający informacje te doszczegółowił w załączniku A do formularza ofertowego, w następujący sposób:

Całkowita cena ofertowa składać się będzie z sumy cen zaferowanych za Usługę świadczoną dla każdego z Kontraktów. Na całkowitą cenę ofertową dla każdego z Kontraktów składa się:

Wynagrodzenie za Etap 1, stanowiące ekwiwalent za Usługi Inżyniera na Etapie 1 – wsparcia w prowadzeniu postępowania przetargowego i wyboru Wykonawcy Robót dla Kontraktu, nie niższe niż 1% i nie wyższe niż 3 % wartości Usługi dla Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu.

Wynagrodzenie za Etap 2, stanowiące ekwiwalent za wykonanie Usługi na Etapie 2 - realizacji Robót.

Wynagrodzenie za Etap 3, stanowiące ekwiwalent za wykonanie Usługi na Etapie 3 - w okresie gwarancji i zgłaszania wad (obejmujące również Wynagrodzenie w przypadku zastosowania Prawa opcji w pełnym zakresie, tj. łącznie przez okres 5 lat), nie niższe niż 7% wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu w tym nie niższe niż:

- i. 4 % wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu dla okresu minimalnego wykonywania usługi w Etapie 3 tj. przez okres 2 lat;
- ii. 1 % wartości Etapu 2 w okresie podstawowym dla danego Kontraktu dla każdego kolejnego roku wykonywania usługi w Etapie 3 .

Długość okresów podstawowych i okresów wydłużonych realizacji Etapu 2 dla poszczególnych kontraktów celem wyliczenia ceny oferty wynosi odpowiednio 40 miesięcy okresu podstawowego i 7 miesięcy okresu wydłużonego , za wyjątkiem :

4. „Wykonanie projektów i robót modernizacji linii kolejowej nr 7 w zakresie SRK wraz z teletechniką i ETCS na odcinku Otwock – Lublin” długość okresu podstawowego 43, a wydłużonego 7

5. Roboty polegające na wykonaniu Linii Potrzeb Nietrakcyjnych na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock – Dęblin – Lublin, odcinek Otwock – Pilawa” długość okresu podstawowego 6, a wydłużonego 7.

Zgodnie z tabelą nr 1 wynagrodzenie maksymalne za Etap 2 w okresie podstawowym wynagrodzenie stałe 40% W PLN, a zmienne 60% W PLN, w okresie wydłużonym wyłącznie wynagrodzenie stałe $p \cdot n \cdot 40\%W$ PLN i w okresie wykonywania robót wykraczający poza okres wydłużony 0 PLN, gdzie

Gdzie:

W - Wynagrodzenie podstawowe netto za realizację Etapu 2 (Wykonawca powinien ustalić wynagrodzenie w oparciu o Okres podstawowy oraz przedmiot zamówienia).

W tabeli nr 3 wykonawca miał określić wskaźnik n – wskaźnik, mieszczący się w granicach od 0,7 do 1 dla poszczególnych Kontraktów

W tabeli nr 4 zamawiający określił, że p – jest wyrażonym ułamkowo stosunkiem okresu wydłużonego do okresu podstawowego (z danych z Tab.1., kolumna 3/2)

Cena za realizację Etapu 2 powinna zostać obliczona i wprowadzona do tabeli w pkt 3 dla każdego Lotu zgodnie z następującym wzorem:

Wynagrodzenie maksymalne dla Etapu 2 = $40\%W + p \cdot n \cdot 40\%W + 60\%W$, przy czym Wynagrodzenie w Okresie wydłużonym i podstawowym zostało obliczone w sposób następujący:

W tabeli nr 5 zamawiający oczekiwał podania wynagrodzenia zmiennego netto w wysokości 60% W niezależnie od okresu.

W tabeli nr 6 wykonawcy mieli podać wynagrodzenia za etap 1, Etap 2 ($40\%W + p \cdot n \cdot 40\%W + 60\%W$), wynagrodzenie za etap 3 oraz wynagrodzenie łączne za wszystkie etapy dla poszczególnych kontraktów w wartościach netto i brutto. i cenę całkowitą ofertową brutto

Tabela nr 7 przewidywała wynagrodzenie za Etap 3 w poszczególnych latach wraz z Prawem opcji w rozbiem na pierwsze dwa lata, i osobno w trzecim, czwartym i piątym roku w wartościach netto i brutto.

W dniu 5 sierpnia 2016r. zamawiający zmodyfikował długość okresu podstawowego w miesiącach i długość okresu wydłużonego w miesiącach w następujący sposób:

Kontrakt nr 1 okres podstawowy - 35 m-cy, okres wydłużony - 12 m-cy,

Kontrakt nr 2 okres podstawowy - 23 m-cy, okres wydłużony - 11 m-cy,

Kontrakt nr 3 okres podstawowy - 23 m-cy, okres wydłużony - 11 m-cy,

Kontrakt nr 4 okres podstawowy - 43 m-cy, okres wydłużony - 12 m-cy,

Kontrakt nr 5 okres podstawowy - 12 m-cy, okres wydłużony - 8 m-cy,

Kontrakt nr 6 okres podstawowy - 8 m-cy, okres wydłużony - 4 m-cy,
Kontrakt nr 7 okres podstawowy - 8 m-cy, okres wydłużony - 4 m-cy,
Kontrakt nr 8 okres podstawowy - 8 m-cy, okres wydłużony - 4 m-cy.

Pomiędzy stronami nie było sporne, że odwołujący obliczył wynagrodzenia przyjmując pierwotne okresy podstawowe i wydłużone.

W celu weryfikacji prawdziwości oświadczeń złożonych przez strony i uczestnika postępowania w toku rozprawy w szczególności co do wpływu długości okresu podstawowego i wydłużonego na wynagrodzenia za poszczególne kontrakty, uzależnienia wartości n od czasu trwania poszczególnych okresów podstawowego i wydłużonego dla poszczególnych kontraktów oraz jakie dane były podawane w tabeli 3 w zakresie wynagrodzenia podstawowego netto za Etap 2 i przełożenia tej wartości na wartości podawane w tabeli 5 i 6 oraz ich przeniesienia do tabeli 7.

Izba ustaliła, że wszyscy wykonawcy poza odwołującym oraz Konsorcjum TPF i Getinsa Payma podały długości okresu podstawowego i wydłużonego wynikające z modyfikacji zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2016r. Odwołujący w tabeli nr 1 podał terminy wynikające z pierwotnego brzmienia siwz, zaś Konsorcjum TPF i Getinsa Payma podało odpowiednio okres podstawowy i wydłużony w następujących wartościach:

Kontrakt nr 1 - 40 i 12,
Kontrakt nr 2 – 40 i 11,
Kontrakt nr 3 – 40 i 11,
Kontrakt nr 4 – 43 i 12,
Kontrakt nr 5 – 6 i 6,
Kontrakt nr 6 – 40 i 4,
Kontrakt nr 7 – 40 i 4,
Kontrakt nr 8 – 40 i 4.

Wszyscy wykonawcy ustalili wartość parametru p . (ułamkowo wyrażonego stosunkiem okresu wydłużonego do okresu podstawowego) zgodnie z informacjami zawartymi w tabeli 1 swoich ofert, czyli dla wszystkich wykonawców, poza odwołującym i TPF i Getinsa Payma wykonawcy podali odpowiednio:

Kontrakt nr 1 – 12/35
Kontrakt nr 2 – 11/23,
Kontrakt nr 3 – 11/23, ,
Kontrakt nr 4 -12/43,
Kontrakt nr 5 – 8/12,
Kontrakt nr 6 – 8 - 4/8,

Odwołujący zaś przyjął 7/40 dla kontraktów 1-3 i 6 – 8, dla kontraktu 4 - 7/43, a dla kontraktu 5 – 7/6, natomiast TPF i Getinsa Payma przyjął ułamki wynikające z tabeli nr 1 przytoczonej wyżej.

Wszyscy wykonawcy zaoferowali jednakowy parametr n dla wszystkich kontraktów, zatem długość okresu podstawowego i wydłużonego w poszczególnych kontraktach nie powodowała różnicowania tego parametru i dlatego Izba dała wiarę odwołującemu, że był to parametr konkurencyjny od czasu trwania kontraktów niezależny.

Izba ustaliła także, że wszyscy wykonawcy poza odwołującym w tabeli nr 3 podali sumę wartości podanych w tabeli nr 5 w kolumnie okres podstawowy wynagrodzenie stałe netto ($40\%W$) i wartości podanych w tabeli nr 6 w kolumnie wynagrodzenie zmienne netto $60\%W$ (niezależnie od Okresu), natomiast w tabeli nr 5 w kolumnie okres wydłużony wynagrodzenie stałe netto ($p \cdot n \cdot 40\%W$) obliczano wynagrodzenie według wcześniej ustalonych parametrów n i p i parametru $40\%W$. W tabeli nr 7 w pkt. 3 w kolumnie wynagrodzenie za Etap 2 ($40\%W + p \cdot n \cdot 40\%W + 60\%W$) podawano wartość W z tabeli nr 3 powiększoną o wartość wynagrodzenia stałego netto w okresie wydłużonym. U odwołującego wynagrodzenia podane w tabeli nr 3 są takie same jak wynagrodzenia podane w tabeli nr 5 w kolumnie okres podstawowy wynagrodzenie stałe netto ($40\%W$).

Nadto Izba wzięła pod uwagę, że nad tabelą nr 3 znajduje się wskazanie, gdzie W – wynagrodzenie podstawowe netto za realizację Etapu 2 (Wykonawca powinien ustalić wynagrodzenie w oparciu o okres podstawowy oraz przedmiot zamówienia). Wykonawca dla poszczególnych kontraktów wycenił wynagrodzenie podstawowe w części 2 w sposób następujący. Izba w świetle powyższego nie dała wiary twierdzeniom odwołującego, że w tabeli nr 3 należało podać wartość kontraktu w wysokości $40\%W$, gdyż nie wynika to ani z przywołanej definicji, ani z zachowań wszystkich pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

Analizując wynagrodzenie podstawowe netto za Etap 2 czyli u wszystkich poza odwołującym – W , Izba ustaliła, że każdy kontrakt był wyceniony indywidualnie przez wykonawców i nie można bez jakichkolwiek wątpliwości postawić tezy, że czas trwania okresów podstawowych i wydłużonych przekładał się na wysokość ceny, gdyż kilku wykonawców wyceniło jako najdroższy Kontrakt 1, a nie kontrakt 4, który był najdłuższy, również z relacją pomiędzy kontraktami 6-8 i kontraktem 5 nie była jednakowa jedni wykonawcy wyceniali kontrakt 5 najtaniej np. odwołujący i MGGP, inni wszystkie 4 kontrakty na zbliżonym poziomie, jeszcze inni kontrakty 6-8 taniej niż kontrakt 5. Tym samym na tej podstawie nie można było ustalić prostej zależności pomiędzy trwaniem kontraktu, a wartością wynagrodzenia i z ustaleń Izby wynika, że wpływ na tę wysokość musiał mieć także inne czynniki np. zakres przedmiotowy zamówienia, tym samym Izba nie dała wiary wyjaśnieniom przystępującego, co do tego, że kontrakty należało szacować wprost z uwzględnieniem czasu ich trwania. Izba ustaliła także,

że wbrew twierdzeniom odwołującego z odwołania odwołujący na rozprawie sam przyznał, że w żadnym miejscu załącznika A nie podał wartości W.

Izba oceniła, że przedstawiony materiał dowodowy wskazuje, iż nie jest prawdziwe twierdzenie odwołującego, że jedyną omyłką popełnioną przez niego w załączniku A do formularza ofertowego jest wskazanie wadliwych okresów w tabeli nr 1 i w konsekwencji omyłkowe wyliczenie współczynnika p. Odwołujący bowiem nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na okoliczność, że rzeczywiście wycenił poszczególne kontrakty z uwzględnieniem zmodyfikowanych okresów podstawowego i wydłużonego, ani nie wykazał, że niezależnie od tej zmiany tak samo szacowałby wynagrodzenie. Zamawiający nie wymagał w niniejszym postępowaniu harmonogramów finansowo-rzeczowych, ani dodatkowych poza załącznikiem A do formularza ofertowego dokumentów, z których Izba mogłaby ustalić, że odwołujący miał w ogóle świadomość modyfikacji przez zamawiającego okresu podstawowego i wydłużonego. O istotności tych terminów dla wykonawców świadczy w ocenie Izby ilość pytań do treści siwz skierowanych przez wykonawców do zamawiającego, w tym zakresie Izba podziela stanowisko przystępującego zaprezentowane na rozprawie. Nadto Izba ustaliła, że zamawiający na podstawie załącznika A do formularza ofertowego odwołującego nie mógł ustalić, jaką wartość odwołujący podał w tabeli 3. Dopiero na rozprawie odwołujący podał, że w tej tabeli podał wartość 40%W. Z tej okoliczności, w ocenie Izby, wynika również, że zamawiający nie miał pewności czy tabele 5, 6 i 7 są obliczone prawidłowo, gdyż jeśli przyjąłby, że w tabeli nr 3 (tak jak to zrozumieli wszyscy pozostali wykonawcy) odwołujący podał wartość W, to wówczas wadliwie wyliczona byłaby wartość wynagrodzenia stałego netto za okres podstawowy (bo u odwołującego jest podana ta sama wartość w tabeli 3 i 5) i wydłużony (zamawiający nie miał pewności czy wolą wykonawcy było obliczenie tego wynagrodzenia z zastosowaniem współczynnika W, czy 40%W) oraz wartość wynagrodzenia zmiennego (bo był obliczony od nieznanego W i większy od wartości podanej w tabeli nr 3). Z tych wszystkich ustaleń Izba wywiodła, że jedynym logicznym wnioskiem jaki można wyciągnąć na podstawie analizy akt postępowania jest to, że omyłki w ofercie odwołującego nie nadają się do poprawienia w jeden ewidentny i jednoznaczny sposób. Zamawiający nie był w stanie poprawić oferty odwołującego bez poczynienia ustaleń z odwołującym, co w ocenie Izby stanowiłoby w tym konkretnym przypadku niedozwolone negocjacje cenowe. Gdyby zamawiający chciał poprawić ofertę odwołującego, musiałby za odwołującego ustalić treść jego oświadczenia woli.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia na datę składania odwołania oraz mógł ponieść szkodę w związku z ewentualnym naruszeniem przepisu ustawy przez zamawiającego, co spełnia przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty odwołującego, oraz ewentualnie naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Jak wynika z ustaleń Izby błędy popełnione przez odwołującego przy wypełnianiu załącznika A do formularza ofertowego nie mają charakteru oczywistej omyłki pisarskiej, bo podanie w tabeli nr 3 i w tabeli nr 5 w zakresie wynagrodzenia stałego netto za okres podstawowy tych samych wartości powoduje, że nie można w sposób oczywisty ustalić, która czy te wartości są wartościami W czy $40\%W$ i czy pozostałe błędy są wyłącznie wynikiem złego rozumienia przez odwołującego definicji W i wynagrodzenia netto za Etap 2. Nie są to także oczywiste omyłki rachunkowe, gdyż te polegają na omyłkowym zastąpieniu jednej cyfry drugą, czy omyłką w rachunkach i muszą być widoczne na pierwszy rzut oka, natomiast w niniejszej sprawie nie do ustalenia jest rzeczywista treść oświadczenia woli odwołującego tj. czy wyceniał ofertę ze świadomością zmiany okresów podstawowego i wydłużonego i jaka jest wartość W . Tym samym omyłki te nie dają się poprawić jako oczywiste omyłki rachunkowe. Nie jest to także inna omyłka polegająca na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, gdyż o ile bezsporne jest w ocenie Izby, że w ofercie odwołującego występują omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze siwz tj. podanie nieaktualnych okresów podstawowego i

wydłużonego i podanie w tabeli 3 i 5 tych samych wartości, to niespełniona jest dalsza część tej normy prawnej, czyli bez istotności omyłki w przypadku jej zmiany dla treści oferty. Rację ma zamawiający i przystępujący, że omyłki te mają charakter istotny, gdyż dotyczą zakresu świadczenia odwołującego i oczekiwanego przez niego ekwiwalentu świadczenia wzajemnego zamawiającego. Wprawdzie poprawa wynagrodzenia na gruncie tego przepisu jest możliwa nawet w sytuacji, gdy dochodzi do zwiększenia wynagrodzenia, ale Izba stoi na stanowisku, że aby było to możliwe zamawiający musi mieć niezbity pewność, co do tego jaka jest treść oświadczenia woli wykonawcy. W tym przypadku taka sytuacja nie zachodzi. Jak ustaliła Izba nie ma dowodu na to, że odwołujący wiedział o modyfikacji okresu podstawowego i wydłużonego i nie można ustalić czy miało to wpływ na treść jego oświadczenia woli, nadto nie ma jednoznacznego sposobu poprawy tej oferty, bo jak słusznie zauważyli zamawiający i przystępujący sposób podany przez odwołującego jest jednym z możliwych sposobów ale nie jedynym. Nadto poprawę tę uniemożliwia brak jakichkolwiek dowodów na to jaką wartość W odwołujący rzeczywiście chciał podać, a zatem zamawiający mógł poprawiając nie tylko zwiększyć wynagrodzenie odwołującego, ale także je zmniejszyć w sposób znaczący, jeśli przyjąłby, że w tabeli nr 3 podano wartość W, a pozostałe tabele 5, 6 i 7 obliczono omyłkowo. Tym samym to zamawiający poprawiając ofertę odwołującego kreowałby oświadczenie woli odwołującego, co w ocenie Izby nie mieści się w granicach poprawy oferty określonych art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się zaniechania zamawiającego przez niezastosowanie art.87 ust. 2 pkt. 1-3 ustawy wobec oferty odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy przez nieznajdujące uzasadnienia w okolicznościach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji, gdy oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W myśl art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Izba ustaliła, że bezsporne pomiędzy stronami jest to, że odwołujący podał okresy podstawowy i wydłużony niezgodnie z treścią siwz ustaloną modyfikacją siwz z 5 sierpnia 2016r., ponad tę okoliczność bezsporną Izba ustaliła, że odwołujący wypełnił niezgodnie z treścią siwz tabelę nr 3 albo tabele nr 5, 6,7. Jednocześnie jak wynika z rozważań Izby w zakresie pierwszego z postawionych zarzutów oferta odwołującego nie nadaje się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. W tym stanie rzeczy Izba oceniła, że zamawiający stosując art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy wobec oferty odwołującego nie naruszył tego przepisu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5) ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty SAFEGE w sytuacji, gdy oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 91 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 2 pkt. 5 ustawy przez najkorzystniejszą ofertę - należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący - ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

Wybór oferty najkorzystniejszej, to wybór spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Izba zważyła, że oferta odwołującego została prawidłowo odrzucona, a zatem nie mogła być poddana ocenie według ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. W konsekwencji ofertą nie podlegającą odrzuceniu i sklasyfikowaną na pierwszym miejscu w rankingu ofert była oferta przystępującego. W świetle tego ustalenia Izba uznała, że w działaniu zamawiającego nie sposób dopatrzeć się naruszenia art. 91 ust.1 ustawy w związku z art. 2 pkt. 5 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie przez zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania.

Zarzut potwierdził się Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W ocenie Izby nie można uznać za równe traktowanie wykonawców sytuacji, w której zamawiający odrzuca ofertę odwołującego i nie dokonuje odrzucenia oferty TPF i Getinsa Payma, która podała własne okresy podstawowe i wydłużone w tabeli nr 3 i w konsekwencji własny współczynnik p przy wyliczaniu wartości wynagrodzenia stałego netto w okresie wydłużonym w tabeli nr 5 i wartości wynagrodzenia za Etap 2 w tabeli nr 7. Zamawiający ofertę TPF i Getinsa Payma poddał ocenie i sklasyfikował na ostatniej pozycji w rankingu ofert. W ocenie Izby takie działanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba ma jednak obowiązek ocenić wpływ stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania zgodnie z normą art. 192 ust. 2 ustawy. W ocenie Izby fakt braku badania przez

zamawiającego oferty TPF i Getinsa Payma pod kątem braku przesłanek odrzucenia nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż ta oferta została sklasyfikowana na najniższej pozycji w rankingu ofert, zatem nie miało to wpływu na wynik postępowania. Nadto Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie podnosił argumentacji związanej z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy przez odmienne potraktowanie jego oferty od oferty Getinsa Payma i w tym zakresie nie sformułował żadnych żądań, zaś Izba pozostaje związana granicami postawionych zarzutów zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 pkt 1 i 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości dopuszczonej przez rozporządzenie zgodnie z przedstawionymi rachunkami.

Przewodniczący: