

**Sygn. akt KIO/404/11**

**WYROK**  
**z dnia 11 marca 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Członkowie: Sylwester Kuchnio**  
**Emil Kuriata**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S. A. Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz oraz ING Lease Polska Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 10/14, 00-499 Warszawa od czynności Zamawiającego: Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 125/127, 02-017 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NEWAG S. A., ul. Wysiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz oraz Milenium Leasing Sp. z o.o., ul. Żaryna 2A, 02-593 Warszawa zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S. A. Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz oraz ING Lease Polska Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 10/14, 00-499 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S. A. Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz oraz ING Lease Polska Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 10/14, 00-499 Warszawa stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S. A. Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz oraz ING Lease Polska Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 10/14, 00-499 Warszawa na rzecz Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 125/127, 02-017 Warszawa, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) 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:**

.....

**Członkowie**

.....

.....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o., 02-017 Warszawa, Al. Jerozolimskie 125/127, (zwany dalej: „Zamawiającym”) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Leasing finansowy elektrycznych zespołów trakcyjnych w liczbie 6 szt. wraz z trzyletnim okresem utrzymania”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 15 listopada 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 listopada 2010 r. pod numerem 2010/S 225-344117.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Pojazdy szynowe PESA Bydgoszcz S. A. Holding, ING LEASE Polska Sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz (zwani dalej: „Odwołującym”) w dniu 25 lutego 2010 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp (bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy);
- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp (bezprawne poprawki oferty Wykonawcy);
- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp (bezprawny wybór najkorzystniejszej oferty);
- innych przepisów przywołanych lub wynikających z odwołania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie unieważnienia czynności poprawienia omyłek w ofercie Wykonawcy,
- nakazanie powtórzenia czynności ponownego badania i oceny ofert oraz nakazanie odrzucenia oferty Wykonawcy.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący wskazał, iż istota sprawy polega na tym, że Konsorcjum NEWAG-Millennium złożyło ofertę niezgodną z treścią Specyfikacji. Doszło do bezprawnego poprawienia oferty przez Zamawiającego. Niezgodność oferty ze Specyfikacją jednak pozostała w innych częściach oferty Konsorcjum NEWAG-Millennium. Odwołujący dodał, iż usługi finansowe stanowią specyficzny przedmiot zamówienia. Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest usługa leasingu finansowego sześciu elektrycznych zespołów trakcyjnych (dalej EZT lub pojazdy) z trzyletnim okresem utrzymania. Leasing jest usługą finansową. Zamawiający otrzymuje więc „produkt finansowy”, szczegółowo obliczany według wymagań przez siebie określonych. Na ostateczną cenę oferty ma wpływ szereg czynników cenotwórczych, a jakakolwiek – nawet najmniejsza - zmiana założeń lub „wartości bazowych” ma wpływ na pozostałe obliczenia, a więc na ostateczny kształt „produktu”. Z istoty leasingu wynika według Odwołującego, że błędnie obliczana cena może doprowadzić do zaoferowania Zamawiającemu innego przedmiotu niż wymagany. Z art. 709 [1] k.c. wynika, że essentialia negotii umowy leasingu stanowi obowiązek zapłaty przez leasingobiorcę uzgodnionych rat. W przedmiotowym zamówieniu każda rata leasingu składa się z dwóch elementów składowych: (i) części kapitałowej oraz (ii) części odsetkowej obliczonej na potrzeby przygotowania oferty według stopy referencyjnej WIBOR IM z 16 listopada 201 Or. z uwzględnieniem marży danego wykonawcy. Zamawiający zapłaci łącznie 120 takich rat. Te 120 rat leasingowych według kryterium kwotowego — SIWZ podzieliła na trzy kategorie: (i) na „Pierwszą” ratę leasingowa, która, zgodnie z SIWZ, miała stanowić 10% podstawy wyliczenia rat leasingowych, (ii) na „Ostatnią” ratę leasingowa, która zgodnie z SIWZ, miała stanowić 20% podstawy wyliczenia rat leasingowych oraz (iii) na „Pozostałe” raty leasingowe (raty od 2 do 119 łącznie). Wysokość Pierwszej i Ostatniej raty, według Odwołującego miała być wskazana w dwóch dokumentach: (i) Szczegółowej Kalkulacji Cenowej (dalej jako SKC) i Harmonogramie rat leasingowych (dalej jako: HRL lub Harmonogram). Natomiast wysokość pozostałych rat należało przedstawić wyłącznie w Harmonogramie. Zamawiający, w opinii Odwołującego wymagał, aby Pierwsza i Ostatnia ze 120 rat leasingowych miały określoną wysokość zależną od podstawy wyliczenia rat leasingowych oraz aby Pozostałe raty (od 2 do 119) Harmonogramu były skalkulowane stosownie do wysokości Pierwszej i Ostatniej raty oraz innych wymogów określonych w SIWZ. Oferta Wykonawcy, zdaniem Odwołującego zawierała niezgodności dotyczące zarówno sposobu obliczenia, jak i wysokości każdej z kategorii rat leasingowych. Wykonawca — wezwany do wyjaśnień — poinformował Zamawiającego, że doszło do oczywistej omyłki pisarskiej podczas przepisywania kwoty wyjściowej, stanowiącej podstawę do wyliczania rat leasingowych w ogóle. Na tej podstawie Zamawiający zmienił kwotę

podstawową i dokonał matematycznego przeliczenia ceny jednego Pojazdu. Mimo tych poprawek, w opinii Odwołującego nadal utrzymywała się niezgodność ze Specyfikacją każdej ze 120 rat Harmonogramu. Oferta Wykonawcy powinna zatem podlegać odrzuceniu.

W opinii Odwołującego w niniejszym stanie faktycznym trzy dokumenty mają znaczenie dla stwierdzenia rozbieżności między usługą wymaganą przez Zamawiającego a zaoferowaną przez Wykonawcę: (i) specyfikacja istotnych warunków zamówienia, (ii) Szczegółowa Kalkulacja Cenowa wraz z Harmonogramem rat oraz (iii) Formularz Oferty.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zawierała następujące zapisy:- sposób obliczenia ceny mający prowadzić do spełnienia warunków leasingu z Rozdziału III.2.2 SIWZ. Zamawiający, w opinii Odwołującego precyzyjnie określił sposób obliczania ceny zamówienia, tak, aby została zaoferowana prawidłowa cena za przedmiot zamówienia. Dokonał tego w pkt XIX.I SIWZ - „Sposób obliczania ceny”, wyznaczając osiem, szczegółowych „kroków” kalkulowania ceny. Tak przeprowadzone działania i ich wyniki miały być zgodne z warunkami, które Zamawiający wyznaczył w pkt III SIWZ ust. 2 „Opis przedmiotu zamówienia” - „Warunki leasingu”. Specyfikacja w Rozdziale XVI. I określała, jaki zbiór dokumentów tworzył Ofertę. Chodziło m.in. Formularz Oferty, Szczegółową Kalkulację Cenową oraz o Harmonogram rat leasingowych. Ponadto według Odwołującego drugi zestaw istotnych dokumentów obejmuje Szczegółową Kalkulację Cenową oraz Harmonogram rat leasingowych. W Szczegółowej Kalkulacji Cenowej uszczegółowiono składniki cenotwórcze zarówno dla jednego pojazdu, jak i wszystkich sześciu pojazdów. Zgodnie z art. 12 ust. 3 wzoru umowy leasingu, Szczegółowa Kalkulacja Cenowa ma stanowić załącznik do umowy i jej integralną część. W punkcie pierwszym SKC złożonej przez Wykonawcę — zarówno cyfrowo, jak i słownie — podano wartość netto zakupu wszystkich sześciu pojazdów (ew. ich wartość rynkową na dzień składania ofert) w wysokości 163.523.460,96 zł. Z kolei w punkcie drugim SKC Wykonawca wyszczególnił wartość netto zakupu jednego pojazdu - kwotę:27.253.910,16 zł. Cena świadczeń dodatkowych stanowi łącznie kwotę 496 000,00 zł. Powyższe kwoty, w opinii Odwołującego- zgodnie z wymogami pkt III SIWZ ust. 2 miały stanowić podstawę wyliczenia rat leasingowych. Wyliczenie Pierwszej i Ostatniej raty zostało dokonane w Szczegółowej Kalkulacji Cenowej, w wysokościach 2.147.000,00 zł – Pierwsza rata (w pkt 4 poz. 2) oraz (ii) 4.294.000,00 zł - Ostatnia rata (w pkt 4 poz. 4). Tak podana wysokość Pierwszej i Ostatniej raty leasingowej nie odpowiada wymogom SIWZ. Mianowicie zamiast 10 i 20% podstawy wyliczenia rat leasingowych, stanowią one odpowiednio: 1,31 % (nawet gdyby przyjąć że Wykonawca popełnił omyłkę i podał wartość Pierwszej raty dla jednego pojazdu, to i tak stanowiła by ona 7,88% podstawy, co jest niezgodne z SIWZ), oraz 15.76% tej podstawy dla każdego elektrycznego zespołu trakcyjnego (liczonej według Szczegółowej Kalkulacji Cenowej Wykonawcy).

Ponadto rola Harmonogramu w przygotowaniu oferty powinna być analizowana dwójako. Po pierwsze, sporządzenie prawidłowego Harmonogramu - zgodnie z pkt XIX SIWZ ust. 1 poz. 7) - było jednym z ośmiu kroków niezbędnych do obliczenia ceny. Po drugie, Harmonogram stanowi integralną część umowy. Tym samym to Harmonogram wyznaczał essentialia negoti umowy leasingu, a więc raty leasingowe. W realiach postępowania, Harmonogram wyznacza wysokość każdej ze 120 rat leasingowych. W Harmonogramie należało wskazać (i) szacowany termin płatności, (ii) wysokość poszczególnych rat leasingowych, z podziałem na jej część kapitałową oraz część odsetkową. Analiza HRL konsorcjum NEWAG-Millennium prowadzi do wniosku, że kwota podana jako suma w zakresie pozycji „rata leasingowa łącznie” odpowiada wartości zakupu jednego Pojazdu zaprezentowanej w punkcie drugim Szczegółowej Kalkulacji Cenowej i wynosi 27.253.910,16 zł. Trzecim istotnym dokumentem, w opinii Odwołującego jest Formularz Ofertowy. To niezgodność Formularza Ofertowego ze Szczegółową Kalkulacją Cenową zrodziła wątpliwości Zamawiającego, które skutkowały zażądaniem od NEWAG-Millennium wyjaśnień. Składniki cenotwórcze wynikające ze Szczegółowej Kalkulacji Cenowej wykazywały niezgodności z kwotami podanymi w Formularzu Oferty. Mianowicie kwoty podane w punkcie trzecim pod pozycjami 1), 2) oraz 3) Formularza Ofertowego były niezgodne z punktami: pierwszym, drugim, trzecim Szczegółowej Kalkulacji Cenowej. Aby usunąć te wątpliwości, Zamawiający — pismem z 3 lutego 2011r. — wezwał Wykonawcę - w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał, że podstawa wyliczenia rat leasingowych w Formularzu Oferty nie została obliczona prawidłowo, gdyż jedną pozycję cenową pomijała (chodziło o cenę pozostałych świadczeń dodatkowych). Kilka dni później, Wykonawca nadesłał wyjaśnienia, w których oświadczył, że popełnił w ofercie jedynie oczywisty błąd pisarski. Sprecyzował, że kwota podana w pkt 3 poz. 1) Formularza Oferty tj. łączna wartość netto sześciu pojazdów powinna wynosić 128.324.000 zł. Według zapewnienia Wykonawcy błąd powstał wskutek błędnego wpisania cyfry 3 zamiast cyfry 2. Następnie, Zamawiający oświadczeniem z 10 lutego 2011r. poprawił trzy omyłki w ofercie Wykonawcy. Mianowicie: inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z SIWZ w zakresie odstępu czasowego określającego konieczność wykonania czynności obsługi dla poziomu P3, oczywistą omyłkę pisarską (tę, którą odkrył Wykonawca); w pkt 3 poz. 1) Formularza Oferty Zamawiający wpisał kwotę 128.324.00,00 zł. Poprawienie tej „omyłki” otworzyło Zamawiającemu drogę do: wyliczenia wartości jednego pojazdu na kwotę: 21.387.333,33 zł., co uczynił, poprawiając - już samodzielnie - kolejną „omyłkę”. Tym razem już co do punktu drugiego Szczegółowej Kalkulacji Cenowej. Na zakończenie, Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyrażenia zgody na poprawienie wszystkich omyłek, co ten uczynił pismem z 11 lutego 2011r. Według Odwołującego niezgodności w ofercie Wykonawcy nie były omyłkami. Dowodzi tego w jego opinii, intencjonalne postępowanie Wykonawcy. Z brzmienia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp

wynika, że niezależnie od tego, czy są to (i) oczywiste omyłki pisarskie, (ii) oczywiste omyłki rachunkowe, czy też (iii) inne omyłki — w każdym przypadku chodzi jednak o omyłki. Tych ostatnich nie powinno się utożsamiać z błędem, gdyż w reżimie prawa zamówień publicznych sens prawny błędu wyraża się w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 84 k.c. w zw. z art. 14 Pzp. W myśl tych przepisów, skutek błędu w obliczeniu ceny oferty należy odrzucić ofertę (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp), a w razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków oświadczenia woli (art. 84§1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). W ocenie Odwoływających, omyłka nie powinna też polegać na świadomym, intencjonalnym postępowaniu wykonawcy. Jak trafnie wyjaśnia się w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odnosi się do omyłki, a ta nie może być błędem i nie może mieć charakteru zamierzonego. Odwołujący podzielił również zapatrywanie wyrażone w wyroku z 18 maja 2010r., w którym Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że "omyłką" będzie niedokładność spowodowana niezawinionym błędem osoby lub urządzenia technicznego, np. programu komputerowego. Omyłką w tym znaczeniu nie będzie celowe, chociażby wynikające z niewiedzy działanie człowieka. Kolizji między treścią oferty Wykonawcy a SIWZ dowodzi przede wszystkim fakt, że Zamawiający, za zgodą Wykonawcy, usuwał niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Niezgodności te nie polegały jednak na tym, że w ofercie Konsorcjum NEWAG-Millennium ujęto coś, co było omyłką, a więc coś, co było niezgodne z myślą niedwuznacznie wyrażoną przez Wykonawcę. Potwierdzają to, w opinii Odwołującego dwa fakty. Po pierwsze, Wykonawca przeprowadził tak pisarsko, jak i matematycznie prawidłowe czynności, które były jednakże niezgodne z wymogami SIWZ. W punkcie drugim Szczegółowej Kalkulacji Cenowej zarówno cyfrowo, jak i słownie przytoczył wartość netto zakupu jednego pojazdu. Wskazał kwotę 27.253.910 zł 16 gr. Ta kwota co do grosza odpowiada łącznej wartości netto wszystkich sześciu pojazdów, a którą to wartość Konsorcjum NEWAG-Millennium policzyło na 163.523.460 zł 96 gr ( $6 \times 27.253.910,16 = 163.523.460,96$ ). Wartość jednego Pojazdu (27.253.910 zł 16 gr.) — wyszczególniona w pozycji pierwszej SKC – odzwierciedla, według Odwołującego również łączną wartość każdego z Pojazdów, wskazaną w ostatniej rubryce Harmonogramu. Takiego stopnia zgodności nie można osiągnąć niechcący, a jedynie w wyniku świadomego działania Wykonawcy obarczonego błędem. Drugą okolicznością przemawiającą przeciwko uznaniu wad oferty Wykonawcy za omyłki jest treść wyjaśnień samego Wykonawcy. W piśmie z 7 lutego 2011 nie on wskazał, jakoby w Szczegółowej Kalkulacji Cenowej doszło do omyłki pisarskiej lub rachunkowej lub innej. Nie zakwestionował żadnego zapisu słownego. Działania matematycznego wynikającego z Kalkulacji również nie podważył. Tak więc – jak się zdaje - sam Wykonawca pośrednio potwierdził Zamawiającemu, że w Szczegółowej Kalkulacji Cenowej omyłek nie było.

W ocenie Odwołującego, przytoczonej zgodności działań matematycznych i zapisów słownych Szczegółowej Kalkulacji Cenowej oraz Harmonogramu rat leasingowych nie osiągnięto mimochodem. Warto też pamiętać, że Zamawiający w punkcie trzecim Rozdziału XIX SIWZ zaznaczył, że wykonawcy są zobowiązani do bardzo starannego zapoznania się z przedmiotem zamówienia, warunkami wykonania i wszystkimi czynnikami, mogącymi mieć wpływ na wynik przetargu o szacunkowej wartości dochodzącej do 180 milionów złotych, a Wykonawca udzielając wyjaśnień znał już treść konkurencyjnej oferty. Według Odwołującego Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw ku temu, aby dać wiarę, że Wykonawca popełnił oczywistą omyłkę pisarską. Zamawiający nie miał też podstaw, aby w następstwie uznania omyłki pisarskiej wyręczać Wykonawcę w obliczeniu wartości netto zakupu jednego Pojazdu. Co więcej, Zamawiający nie był w stanie obliczyć tej wartości w taki sposób, aby wynik zgadzał się z wyjaśnieniami Wykonawcy. Przede wszystkim, z wezwania, które 3 lutego 2011r. Zamawiający skierował do Konsorcjum NEWAG Millennium nie wynika, aby Zamawiający dostrzegł jakiegokolwiek omyłki. Co więcej, Zamawiający wskazał nawet, że - w jego ocenie - podstawa wyliczenia rat leasingowych zdefiniowana punktem III.2.1) SIWZ nie zawiera prawidłowo określonej ceny świadczeń dodatkowych. Wezwanie Zamawiającego z 3 lutego 2011r. dowodzi zatem w opinii Odwołującego, że żadna wada oferty Wykonawcy oczywistą nie była. Gdyby była, to wezwanie byłoby zbędne lub jego treść nie wskazywałaby na inną przyczyną rozbieżności. Także sekwencja zdarzeń na linii Zamawiający - Wykonawca stawia pod znakiem zapytania konwalidację oferty Konsorcjum NEWAG-Millennium. Odwołujący zauważył, że przed decyzją o poprawieniu omyłek Zamawiający dysponował dokumentem, w którym Wykonawca oświadcza, że w ofercie była tylko jedna, oczywista omyłka. Omyłka pisarska. Miała ona polegać na błędzie przy wpisywaniu kwoty 128.324.000,00 zł do rubryki 3.1 Formularza Oferty. Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia Wykonawcy, mimo, że taka omyłka wcześniej była dla niego niewidoczna i na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy sprostował „oczywistą omyłkę pisarską”. Zmienił punkt 3.1 Formularza Ofertowego oraz zmodyfikował punkt 3.1. SKC wpisując w nich kwotę 123.324.000,00 zł. Ten ostatni zabieg doprowadza jednak do niezgodności między: (i) łączną ceną pojazdów z punktu pierwszego SKC, która po poprawkach wynosi 128.324.00,00 zł a (ii) ceną za jeden pojazd wyszczególnioną w punkcie drugim tej samej Kalkulacji. Wynika to z prostego równania:  $128.324.000,00 : 6$  (ilość pojazdów)  $\neq 27.253.910,16$  zł. Gdyby na tym poprzestać, to cena oferty byłaby obliczona błędnie w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, bowiem w myśl Rozdziału XIX punkt 2 SIWZ suma cen jednostkowych sześciu pojazdów musi dawać wartość zakupu wszystkich sześciu pojazdów. Ofertę należałoby odrzucić. Według Odwołującego Zamawiający pozbył się tej niezgodności poprzez poprawienie kolejnej omyłki. Tym razem zmienia punkt drugi Szczegółowej Kalkulacji Cenowej i zapisał w nim kwotę 21.387.333,33 zł. Usunął tym samym niezgodność między: (i)



punktami 3.1. Formularza Oferty i pkt 1 Szczegółowej Kalkulacji Cenowej a (ii) pkt 2 Szczegółowej Kalkulacji Cenowej. To działanie Zamawiającego jednak tylko pozornie usunęło dysonans. Osłabiło też wiarygodność tezy o zaistnieniu omyłki pisarskiej, Usunięcie niezgodności punktów pierwszego i drugiego SKC nie nastąpiło. O ile bowiem  $128.324.000,00$  zł podzielone przez 6 daje  $21.387.33,33$  zł ( $123^{\wedge}324^{\wedge}0000$  PLN:  $6 = 21.387.33,33$ ), to jednak działanie odwrotne nie daje sumy, którą Zamawiający wpisał w pozycję drugą SKC. Otóż  $6 \times 21.387.33,333 = 128.323.99,98$  zł. Logiczną konsekwencją przeprowadzenia obu działań powinno być nabranie wątpliwości co do zaistnienia omyłki pisarskiej. Cena sześciu pojazdów musi być sześciokrotnością ceny jednego pojazdu. Niezgodność oferty ze Specyfikacją istnieje mimo bezprawnego poprawiania wad oferty NEWAG-Millennium. Zmiany Zamawiającego problem nieco zamaskowały i przesunęły na inną płaszczyznę. Poprawiona wartość ceny jednego Pojazdu nie tylko nie dała łącznej wartości wszystkich sześciu Pojazdów, lecz pozostała w sprzeczności z kwotami rat leasingowych, wyszczególnionymi w Harmonogramie. Jeżeli wartość zakupu jednego pojazdu wynosiła  $21.387.33,33$  zł, to oznacza, że żadna z rat leasingowych podana w Harmonogramie cenowym nie jest obliczona prawidłowo. Dotyczy to tak Pierwszej, Ostatniej, jak i Pozostałych rat. Zdaniem Odwołujących wywołuje to dwa, współistniejące skutki. Po pierwsze, pojawia się błąd w obliczeniu ceny. Mamy bowiem do czynienia z niewykonaniem instrukcji Zamawiającego, o których mowa w Rozdziale XIX punkt 7 i 8 SIWZ. Zgodnie z tymi punktami, wykonawcy mieli obowiązek (i) sporządzić harmonogram rat leasingowych oraz (ii) obliczyć cenę netto pojazdów przez właściwe zsumowanie wszystkich elementów cenotwórczych. Nie ma, zdaniem Odwołującego ani prawidłowego Harmonogramu, ani właściwego zsumowania wszystkich elementów cenotwórczych. Drugi, równoległy skutek polega na niezgodności oferty z warunkami leasingu, określonymi w punkcie III.2.1-4 SIWZ. Skoro bowiem cena pojedynczego Pojazdu powinna być inna, to podstawa wyliczenia rat leasingowych - a więc (i) łączna wartość zakupu wszystkich sześciu Pojazdów powiększona o (ii) cenę świadczeń dodatkowych - również powinna być inna. Tym samym, Pierwsza rata, którą wykonawca obliczył na kwotę  $2.147.000, 00$  zł, nie jest równa 10% podstawy wyliczenia rat leasingowych. Ponadto kwota Ostatniej raty podana w SKC w punkcie 4 podpunkt 4) przez Wykonawcę w wysokości  $4.294.000,00$  zł niezgodna jest z wysokością Ostatniej raty podanej w innym miejscu w ofercie Wykonawcy tj. we wszystkich Harmonogramach rat leasingowych oddzielnie dla każdego z pojazdów, gdzie wysokość Ostatniej raty Wykonawca określił na kwotę  $4.311.434,82$  zł dla każdego z pojazdów. Skoro podstawą do rozliczeń z Wykonawcą jest harmonogram, przyjąć należy, że kwoty w harmonogramie są kwotami faktycznie oferowanymi przez Wykonawcę. Wysokość Ostatniej raty leasingowej podana przez Wykonawcę, tj.  $4.311.434,82$  zł nie stanowi 20% podstawy wyliczenia rat leasingowych ani w odniesieniu do podanej przez Wykonawcę w ofercie

podstawy wyliczenia rat leasingowych, ani też w odniesieniu do podstawy nowo obliczonej przez Zamawiającego w wyniku poprawiania oferty Wykonawcy. Ponadto według Odwołującego utrzymanie wyników postępowania przetargowego doprowadzi do stanu, w którym zamówienie nie zostanie udzielone wykonawcy składającemu najkorzystniejszą ofertę, a nadto może tworzyć precedens, który zachwieje uczciwą konkurencją w zamówieniach na usługi finansowe. Dystans dzielący ofertę Odwołujących i ofertę konsorcjum NEWAG-Millennium, w czterech przypadkach, został nieprawidłowo ustalony. Różnica punktowa między ofertami Wykonawcy a ofertą Odwołujących wynosi 3,07 punktu. Na 100 punktów do zdobycia Konsorcjum NEWAG-Millennium uzyskało 92,37 pkt, a Odwołujący — 89,30 pkt. Gdyby jednak Zamawiający prawidłowo dokonał analizy ofert i uwzględnił wiedzę, którą zdobył w swoim poprzednim przetargu z 2009 r., to w owych czterech elementach oceny ofert rezultat oceny byłby na tyle korzystny dla Odwołującego, że to jego oferta musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą. W pierwszej kolejności trzeba wskazać na Kryterium 4 podkryterium 4 — cena utrzymania pojazdów w okresie trzech lat. W przetargu organizowanym przez SKM w 2009r. na leasing finansowy czterech zespołów trakcyjnych (RZP-351-1/09) Wykonawca wycenił koszt 3-letniej obsługi 4 sztuk pojazdów 4-członowych na 1.640.000 zł (jeden milion sześćset czterdzieści tysięcy złotych). Obecnie, na 6 sztuk pojazdów 6-członowych podany przez Wykonawcę łączny koszt utrzymania pojazdów wynosi 486.000 zł. Odwołujący podkreślił, że cena utrzymania pojazdów w okresie trzech lat stanowiła nie tylko samodzielne, odrębne kryterium oceny ofert, lecz była również składnikiem najistotniejszego „wagowo” kryterium -czyli współczynnika ceny zamówienia (waga 55%), Innymi słowy jak wskazał Odwołujący, im niższą cenę 3-letniego utrzymania podało się w Kryterium 4 podkryterium 3 (waga 3%), to lepszy wynik uzyskiwało się również w ramach kryterium współczynnika cenowego (55%). Drugim wadliwie ocenionym elementem było Kryterium 4 podkryterium 3. Także i tutaj, w przetargu z 2009 r. na leasing finansowy czterech czteroczłonowych zespołów trakcyjnych (RZP-351-1/09) Wykonawca określił pracochłonność wykonywania czynności eksploatacyjnych jednego pojazdu na 8.982 (osiem tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt dwie) roboczogodziny. Obecnie, pracochłonność utrzymania jednego pojazdu 6-członowego wynosi u Wykonawcy 815,80 (osiemset piętnaście 80/100) roboczogodziny. Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 10 Wzoru Umowy, przez trzy lata Wykonawca zobowiązany będzie do wykonywania czynności utrzymania pojazdu we własnym zakresie. Z upływem trzeciego roku, a więc jeszcze w okresie spłat rat leasingowych wszelkie koszty utrzymania Pojazdów przejdą na Zamawiającego. Oznacza to, że jeżeli szacunki i oferta w tym zakresie nie odpowiadają rzeczywistości, to Wykonawca niesłusznie odnosi bezpośrednią korzyść punktową w postępowaniu. W ocenie Odwołujących, zestawienie ofert w tych dwóch postępowaniach powinno było skłonić Zamawiającego do zażądania wyjaśnień od Wykonawcy w trybie art. 90

ust. 1 Pzp. Niemniej jednak, Odwołujący nie czynił z tego zaniechania zarzutu, bowiem oferta Wykonawcy powinna zostać i tak odrzucona bez konieczności wzywania do wyjaśnień dotyczących kwestii rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie mógł również przemilczeć poprawienia przez Zamawiającego omyłki Wykonawcy w zakresie kryterium 4 podkryterium 2. Chodzi o odstępy międzyutrzymaniowe. Zamawiający nie odtajnił w tej części oferty Wykonawcy. Odwołujący zarzucają jednak w tym miejscu, iż zaniechanie ujawnienia informacji zawartych w dokumencie Wykonawcy wskazanym w piśmie SKM z 27 stycznia 2011 r.- naruszają art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. i domaga się nakazania Zamawiającemu odtajnienia tych informacji. W orzecznictwie wskazuje się, że instytucja składania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie może prowadzić do obejścia prawa, co oznacza, że nie jest dopuszczalne udzielenie wyjaśnień, które prowadziłyby do zmiany treści oferty w takim zakresie, że nie mieściłby się w kategorii omyłek niepowodujących istotnych zmian. Zamawiający pismem z dnia 27 stycznia 2011 r. wezwał Wykonawcę - w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - do wyjaśnienia niezgodności między deklaracją Wykonawcy zawartą w ofercie, a wartościami wynikającymi z bliżej niezidentyfikowanych dokumentów Wykonawcy. W świetle treści pisma Wykonawcy z 31 stycznia 2011r. można stwierdzić, że Zamawiający: Bez informacji Wykonawcy nie był w stanie sam ustalić, która wartość jest prawidłowa. Nie uzyskał żadnego wyjaśnienia co do przyczyn rozbieżności między dokumentami. Nie uzyskał żadnej informacji o zaistnieniu omyłki. Nie miał zatem podstaw, by przyjąć, że do niej doszło. W tym stanie rzeczy, dopuszczając się korekty tej rozbieżności Zamawiający według Odwołującego naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz wypaczył ocenę ofert w zakresie kryterium 4 podkryterium 2. Podsumowując tę część argumentacji Odwołujący podkreślają, iż Zamawiający trafnie i zasadnie z gospodarczego punktu widzenia zdecydował się na kryterium oferty najkorzystniejszej, a nie oferty z najniższą ceną. Wybór Zamawiającego nie był chybiony, albowiem jego dobrze pojęty interes gospodarczy wymagał, aby miał wiedzę nie tylko na temat ceny całościowej czy jednostkowej Pojazdu, ale również aby miał świadomość realnych kosztów, jakie będzie ponosił w związku z ich utrzymaniem. Określenie 3 letnich kosztów utrzymania pojazdów pozwala Zamawiającemu na optymalizację tworzenia przyszłego budżetu jak i wydatkowania środków związanych z utrzymaniem pojazdów. W perspektywie zawieranego kontraktu przyniesie to wymierne korzyści, które byłyby nieosiągalne, gdyby miała decydować jedynie najniższa cena. Istota problemu polega jednak na tym, iż – zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie pozostał konsekwentny w założonych regułach oceny ofert. Być może - mając na względzie różnicę cenową - zdecydował się na zbyt liberalną ocenę tak oferty, jak i wyjaśnień konsorcjum NEWAG-Millennium. Deficyt zdystansowanego podejścia do oświadczeń tego Wykonawcy nie tylko doprowadził do naruszenia prawa zamówień publicznych, lecz może tworzyć precedens, który zagrozi uczciwej konkurencji w zamówieniach na usługi finansowe.

Odwołujący wskazał, iż postępowanie Zamawiającego może okazać się ryzykowne z perspektywy szerszej niż wynik tego zamówienia. Na zakończenie rozważań Odwołujący wskazał że mechanizm, który Wykonawca zastosował, a na który Zamawiający się zgodził, może być - systemem zmieniania ofert w zależności od tego, jaka sytuacja ukształtuje się po otwarciu ofert na usługi finansowe. Stanowią one szczególny przedmiot zamówienia i obejmują produkt stricte pieniężny, którego nie wytwarza się fizycznie, lecz „matematycznie”. Oto wykonawca przygotowuje ofertę na usługi finansowe. Mając możliwość wypełnienia dwóch dokumentów (np. formularza oferty i szczegółowej kalkulacji ceny), w jednym wpisuje zgadzające się ze sobą wartości (suma przynajmniej dwóch elementów) dające kwotę wyższą, a w drugim dokumencie – wartości niższe. Dla zwiększenia skuteczności można dobrać takie kwoty, które będą różnić się od siebie o jednostki. Na przykład: Kalkulacja A: 58.000.000 zł (pięćdziesiąt osiem milionów), Kalkulacja B: 48.000.000 zł (czterdzieści osiem milionów). Według Odwołującego Zamawiającemu nie zgadzały się rachunki, więc zwrócił się o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Teraz, w zależności od sytuacji w postępowaniu wykonawca dokonuje wyboru. Ma dwie możliwości: Jeżeli jest jedynym podmiotem w postępowaniu lub inni wykonawcy dali cenę przekraczającą kwotę 58.000.000 zł wyjaśnia, że doszło do błędu podczas przepisywania; wszak „5” sąsiaduje na klawiaturze z „4”. W związku z tym, prosi Zamawiającego o poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej i wpisanie 58.000.000 zł do kalkulacji B. A pozostałe zmiany, to już kwestie rachunkowe, więc pozostawia je Zamawiającemu do przeliczenia. Jeżeli natomiast konkurenci złożyli oferty niższe niż 58.000.000 zł, to Wykonawca wyjaśnia, że kwota 48.000.000 zł jest prawidłowa, i prosi o jej uwzględnianie w ofercie i w kalkulacji A. Także i w tym przypadku, ewentualne dalsze przeliczenia to kwestie rachunkowe.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NEWAG S. A., ul. Wysiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz oraz Milenium Leasing Sp. z o.o., ul. Żaryna 2A, 02-593 Warszawa (zwani dalej: „Przystępującym”).

Pismem z dnia 8 marca 2011 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 1 marca 2011 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NEWAG S. A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz oraz Milenium Leasing Sp. z o.o., ul. Żaryna 2A, 02-593 Warszawa (zwani dalej: „Przystępującym”).

Biorąc pod uwagę przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NEWAG S. A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz oraz Milenium Leasing Sp. z o.o., ul. Żaryna 2A, 02-593 Warszawa, gdyż zgłosili przystąpienie w terminie ustawowym (t.j. w dniu 1 marca 2011 r.), liczonym od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, co miało miejsce w dniu 28 lutego 2011 r. Tym samym, zdaniem Izby, zgłoszenie przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego w świetle powyższego przepisu należało uznać za skuteczne.

Istotą sporu pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym jest prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Przystępującego, w konsekwencji której oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba stwierdziła, że odwołanie należało oddalić.

Przechodząc do szczegółowego omówienia zarzutów, w pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut nieuprawnionego dokonania poprawek w treści oferty Przystępującego oraz naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp a także w konsekwencji również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego.

Następnie pozostawało do rozstrzygnięcia, czy w świetle informacji zawartych w Szczegółowej Kalkulacji Cenowej Zamawiający uprawniony był do poprawienia omyłki zawartej w formularzu ofertowym w pozycji - łączna wartość netto 6 pojazdów bez świadczeń dodatkowych, t.j. poprawienia wartości 128.334.000,00 zł, na wartość 128.324.000,00 zł.

Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy i w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym. Izba dokonując analizy materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, w tym przede wszystkim postanowień SIWZ oraz treści oferty złożonej przez Przystępującego a także treści pisma Zamawiającego z dnia 3 lutego 2011 r., odpowiedzi Odwołującego z dnia 7 lutego 2011 r., oraz pisma Zamawiającego z dnia 10 lutego 2011 r. informującego Przystępującego o poprawieniu omyłek w treści jego oferty stwierdziła, że w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający uprawniony był do poprawienia omyłek w treści oferty, stąd nieuzasadniony jest wniosek Odwołującego, iż Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Przystępującego z przyczyn wskazanych w treści odwołania.

Izba ustaliła w tym zakresie, iż w formularzu oferty Przystępującego wskazano w poz. *łączna wartość netto 6 pojazdów bez świadczeń dodatkowych kwotę: 128.334.000,00 zł, w pozycji cena netto utrzymania pojazdów w okresie trzech lat, zgodnie z warunkami określonymi w Rozdziale V załącznika nr 4 do SIWZ projekt umowy: 486.000,00 zł, zaś w pozycji – podstawa wyliczenia rat leasingowych (suma kwot wynikających z rozdziału XIX ust. 1 p 1) i 2) SIWZ* wskazano wartość: 128.820.000,00 zł.

Ponadto Izba ustaliła, iż w Szczegółowej Kalkulacji Cenowej w pkt 3 *cena świadczeń dodatkowych* Przystępujący uwzględnił następujące informacje: 1. Cenę netto (bez podatku VAT) utrzymania pojazdów w okresie 3 lat (lub do osiągnięcia przebiegu 450.000 km, jeżeli nastąpi wcześniej): 486.000,00 zł oraz cenę pozostałych świadczeń dodatkowych (bez podatku VAT) 10.000,00 zł.

Podstawą wyliczenia rat leasingowych była suma łącznej wartości netto 6 pojazdów oraz cena wszystkich świadczeń dodatkowych (w tym również cena pozostałych świadczeń dodatkowych w kwocie 10.000,00 zł wymieniona w Szczegółowej Kalkulacji Cenowej).

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 3 lutego 2011 r. na podstawie art. 87 ustawy Pzp wystąpił do Przystępującego o złożenie wyjaśnień dotyczących rozbieżności treści formularza ofertowego oraz Szczegółowej Kalkulacji Cenowej. W odpowiedzi na pismo Zamawiającego Przystępujący wyjaśnił, iż zaistniała pomyłka wynikała

z błędu pisarskiego, błędnie wpisano cyfrę „3” (128.334.000,00 zł) zamiast cyfry „2” (128.324.000,00 zł).

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Odwołującego, iż wskazana nieścisłość w ofercie Przystępującego nie miała znamion omyłki pisarskiej. Nie można zgodzić się, z stwierdzeniem, iż ów błąd w formularzu ofertowym wynikał ze świadomie podejmowanych działań i był wyłącznie zamierzony. Odwołujący nie wykazał, aby działania Przystępującego, w tym zakresie były celowe, opierając jedynie swoją argumentację na twierdzeniach pośrednich.

Ponadto sam Odwołujący w treści odwołania wskazał, iż wyjaśnieniami z dnia 7 lutego 2011 r. *„Wykonawca pośrednio potwierdził Zamawiającemu, że w Szczegółowej kalkulacji omyłek nie było”*. Tym samym należy stwierdzić, iż z jednej strony Odwołujący wskazuje, iż w jego opinii w niniejszej sprawie nie wystąpiła jakakolwiek omyłka, z drugiej strony opiera argumentację wyłącznie na twierdzeniach pośrednich.

Oceniając prawidłowość działań Zamawiającego Izba wzięła pod rozwagę treść pisma Przystępującego z dnia 7 lutego 2011 r., w którym to wykonawca wyjaśnił, iż *„podana w pkt 3 poz. 1 łączna wartość netto 6 pojazdów bez świadczeń dodatkowych powinna wynosić 128.324.000,00 zł Wartość wpisana w złożonym formularzu ofertowym w tej pozycji wynosi 128.334.000,00 zł. Zaistniała pomyłka wynika z błędu pisarskiego – błędnie wpisane cyfry „3” (128.334.000,00 zł) zamiast cyfry „2” (128.324.000,00 zł), a oczywistość tej omyłki wynika również z porównania pozostałych pozycji oferty”*. Ze złożonych przez Przystępującego wyjaśnień nie można zdaniem Izby wysnuć twierdzeń, iż owa nieścisłość miała wyłącznie charakter zamierzony.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom Przystępującego złożonym w piśmie z dnia 7 marca 2011 r., iż *„iż osoba sporządzająca ofertę omyłkowo zamiast wartości 128.324.000,00 zł wpisała wartość 128.334.000,00 zł. Oczywistość tej omyłki łatwo zweryfikować w świetle pozostałych pozycji oferty oraz dokumentów załączonych do oferty, jako że wartość ta stanowi sumę pozycji wartości łącznej netto 6 pojazdów bez świadczeń dodatkowych (w szczególności odbiorów i szkoleń”*.

W opinii Izby nie można w świetle przedstawionego stanu faktycznego wykluczać sytuacji, w której wykonawca wypełniając szereg pozycji zarówno w formularzu ofertowym oraz w Szczegółowej Kalkulacji Cenowej popełni omyłkę pisarską wpisując zamiast cyfry „2” np. cyfrę „3”.

Ponadto Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Izba zauważa, że oczywistą omyłką pisarską jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka w tekście. Za oczywistą omyłkę pisarską uznaje się także omyłkę, która nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów stanowiących zawartość oferty. Oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawienia bez odwoływania się do innych dokumentów. W zakresie tego pojęcia mieszczą się zatem tylko takiego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej dogłębnej analizy. Oznacza to, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy. Oczywista omyłka pisarska jest wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli.

W okolicznościach niniejszej sprawy, za uznaniem powyższej omyłki jako omyłki pisarskiej przemawia fakt, iż w wyniku jej poprawienia nie ulegnie zmianie podstawa wyliczania rat leasingowych, t.j. wartość 128.820.000,00 zł wskazana w formularzu ofertowym. Ponadto skład orzekający Izby uznał, iż fakt popełnienia ww. omyłki przez Przystępującego można z łatwością ustalić na podstawie Szczegółowej Kalkulacji Cenowej oraz wartości tam podanych, t.j. wartości 486.000,00 zł oraz 10.000,00 zł.

Ponadto nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że powyższego błędu nie można zakwalifikować jako omyłki pisarskiej ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia jakim jest „*Leasing finansowy elektrycznych zespołów trakcyjnych w liczbie 6 szt. wraz z trzyletnim okresem utrzymania*”. Izba zauważa, że przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp jest przepisem ogólnym i ma zastosowanie niezależnie od charakteru przedmiotu zamówienia, jego wartości czy też trybu. Ustawodawca nie uzależnił stosowania powyższego przepisu od rodzaju przedmiotu, i w tym zakresie nie przewidział żadnych wyjątków. Zatem



zawężająca interpretacja Odwołującego wyłączająca możliwość poprawienia omyłek pisarskich w przypadku zamówienia na leasing finansowy jest w świetle brzmienia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nieuprawniona.

W świetle kategorięcznego brzmienia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nie ma znaczenia argumentacja Odwołującego, iż *„Wezwanie Zamawiającego z dnia 3 lutego 2011 r. dowodzi zatem, że żadna wada oferty Wykonawcy oczywiście nie była”*. W ocenie Izby nie odbiera również waloru „oczywistości” owej omyłce fakt wystąpienia przez Zamawiającego o wyjaśnienia w trybie art. 87 ustawy Pzp, skoro z innych dokumentów oraz formularza ofertowego wynika, iż podstawą do obliczania rat leasingowych była suma 128.820.000,00 zł. Izba zauważa, iż w wyniku poprawienia wskazanej omyłki nie zmieni się również oświadczenie woli Przystępującego dotyczące podstawy wyliczania rat leasingowych.

Ponadto do stwierdzenia przez Izbę naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp niewystarczająca jest również argumentacja Odwołującego osadzająca się w twierdzeniu, iż: *„wykonawcy są zobowiązani do bardzo starannego zapoznania się z przedmiotem zamówienia, warunkami wykonania i wszystkimi czynnikami, mogącymi mieć wpływ na wynik przetargu o szacunkowej wartości dochodzącej do 180 milionów złotych, a Wykonawca udzielając wyjaśnień znał już treść konkurencyjnej oferty”*. Podkreślenia wymaga, iż ustawa Pzp zobowiązuje Zamawiającego do prowadzenia postępowania z należytą starannością, w tym obliguje Zamawiającego do wyjaśniania treści złożonych przez wykonawców ofert, a w przypadku pojawienia się omyłek pisarskich, do dokonania ich poprawienia.

Niespójne jest również twierdzenie Odwołującego stawiającego zarzuty naruszenia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, zważywszy, iż Odwołujący w treści odwołania przyznał, iż *„nie zarzuca ani Wykonawcy, ani Zamawiającemu złej woli, ani działania celowego”*. Tym samym w przedmiotowej sprawie logicznie rozumując w świetle danych zawartych w formularzu ofertowym oraz Szczegółowej Kalkulacji Cenowej można stwierdzić, iż sporna wartość wynosić będzie 128.324.000,00 zł., co oznacza iż oświadczenie woli Przystępującego w zakresie podstawy wyliczania rat leasingowych nie ulegnie zmianie. Zatem, reasumując, w opinii Izby w zaistniałym stanie faktycznym zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

Przechodząc do omówienia dalszych zarzutów Izba stwierdza, iż Zamawiający dokonując badania i oceny ofert przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, w każdym indywidualnym przypadku, powinien zbadać czy w złożonej ofercie nie została popełniona omyłka możliwa do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba zauważa, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego do poprawienia w

ofercie omyłek, które spełniają postawione w tym przepisie warunki, t.j. polegają na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Przywołany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obliguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający powinien poprawić w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w braku zgody wykonawcy na ich poprawienie, może ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę niniejszy stan faktyczny Izba ustaliła, że Przystępujący w załączonej do oferty Szczegółowej Kalkulacji Cenowej w poz. 2. – *wartość netto (bez podatku VAT) zakupu jednego pojazdu lub jego wartość rynkowa aktualna na dzień składania ofert* wskazał wartość: 27.253.910,16 zł.

Zamawiający pismem z dnia 10 lutego 2011 r. powołując dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 i 2 ustawy Pzp poprawił omyłkę dotyczącą *wartości netto (bez podatku VAT) zakupu jednego pojazdu lub jego wartość rynkowa aktualna na dzień składania ofert* wynosi: 21.387.333,33 zł.

Biorąc pod uwagę iż podstawa wyliczenia rat leasingowych a także cena oferty nie podlegała zmianie, nie sposób nie uznać, iż w świetle zaistniałego stanu faktycznego, wolą Przystępującego było wskazanie w Szczegółowej Kalkulacji Cenowej w poz. 2. – *wartość netto (bez podatku VAT) zakupu jednego pojazdu lub jego wartość rynkowa aktualna na dzień składania ofert*. 21.387.333,33 zł.

W opinii Izby, w konsekwencji poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej Zamawiający również uprawniony był do poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a w następstwie ich dokonania do zwrócenia się do wykonawcy o wyrażenie zgody na poprawienie omyłek w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania, co Odwołujący uczynił w piśmie z dnia 11 lutego 2011 r. Ponadto nie ulega wątpliwości, iż czynności poprawienia powyższej omyłki Zamawiający dokonał samodzielnie, przywołując jako podstawę prawną art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby błędy popełnione przez Przystępującego a polegające na wpisaniu kwoty 27.253.910,16

zł zamiast kwoty 21.387.333,33 zł nie spowodują istotnej zmiany oferty w stosunku do wartości całej oferty. Biorąc również pod uwagę fakt, iż z okoliczności przedmiotowego postępowania wynika zamiar złożenia przez Przystępującego oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, a także okoliczność, iż dokonana zmiana nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty Przystępującego, biorąc również pod uwagę, że Zamawiający w świetle zaistniałego stanu faktycznego samodzielnie dokonał poprawy takiej omyłki, Izba uznała, że powyższe uchybienie stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty.

Na marginesie odnosząc się również do argumentacji Odwołującego (zawartej w piśmie z dnia 8 marca 2011 r.) powołującej się na orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 września 2002 r. w sprawie T-211/02 Tidal Signal Limited vs Komisja Europejska, które wyjaśnia granice swobody Zamawiającego w poprawianiu omyłek w ofertach, Izba zauważa iż Ustawodawca, uchylając art. 88 ustawy Pzp, zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, uznając, że dopuszczalność zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp należy oceniać w konkretnych okolicznościach sprawy, biorąc pod uwagę istotność zmian wprowadzonych w treści oferty, a także intencje wykonawcy, składającego oświadczenie woli. Jak podkreślono w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych, zatytułowanej „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod red. J. Sadowego, Warszawa 2008, str. 117 i nast. *„Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, i niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek niemających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. (...) Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.”*

Zdaniem Izby, niezgodność polegającą na wskazaniu wartości 27.253.910,16 zł zamiast 21.387.333,33 zł należy potraktować jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. W opinii Izby Zamawiający dokonując ww. poprawki nie naruszył dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Co do zarzutu istnienia błędu w obliczeniu ceny, Izba wskazuje, że błędem w obliczeniu ceny będzie obarczona taka oferta, z której w sposób jednoznaczny będzie wynikał zamiar wykonania świadczenia za odmienną cenę aniżeli wskazano w ofercie; będzie to oferta z której treści będzie wynikała sprzeczność tego rodzaju, że niewątpliwe będzie, że zaoferowana za wykonanie zamówienia cena nie jest tą, której wykonawca oczekuje. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to błąd, którego poprawienie z obiektywnych względów jest niedopuszczalne, przykładowo z uwagi na to, że taka korekta ingerowałaby w sposób nieuprawniony w treść oświadczenia woli wykonawcy, co zdaniem Izby nie ma miejsca w zaistniałym stanie faktycznym, gdyż omyłki poprawione przez Zamawiającego w świetle art. 87 ust. 2 ustawy Pzp noszą znamiona odpowiednio omyłki pisarskiej i innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Mając powyższe na względzie Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem w opinii Izby nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz w konsekwencji również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając zarzuty odwołania ustaliła, iż kluczowe znaczenie dla ich rozstrzygnięcia, poza treścią oferty Przystępującego przyznać należy treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwana: „SIWZ”). Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba ustaliła, iż w myśl Rozdziału XIX SIWZ, wskazano tok postępowania wykonawców, sposób w jaki miała zostać obliczana cena.

I tak, do obliczenia ceny netto pojazdów, wykonawcy winni przyjąć następujący tok postępowania:

- 1 ) określić wartość zakupu wszystkich 6 pojazdów przez wykonawcę, a w przypadku, gdy wykonawca jest ich właścicielem, ich wartość rynkowa netto, aktualną na dzień składania ofert,
- 2) określić cenę świadczeń dodatkowych, w tym: gwarancji, utrzymania taboru w okresie 3 lat, szkoleń i odbiorów technicznych pojazdów,
- 3) obliczyć kwotę pierwszej raty leasingowej,
- 4) obliczyć kapitał do spłaty w kwotach równych 118 miesięcznych rat oraz
- 5) obliczyć ostatnią ratę leasingową,
- 6) obliczyć koszty finansowe leasingu dla stawki referencyjnej WIBOR IM obowiązującej w dniu ogłoszenia postępowania,

- 7) sporządzić harmonogram rat leasingowych,
- 8) obliczyć cenę netto pojazdów poprzez właściwe zsumowanie wyliczonych składników cenotwórczych, za które Zamawiający zobowiązany jest zapłacić.

Ponadto Zamawiający w Rozdziale III „Opis przedmiotu zamówienia” zawarł następujące zapisy:

1. Zamówienie obejmuje leasing finansowy elektrycznych zespołów trakcyjnych w liczbie 6 (sześciu) szt. (zwanym dalej pojazdami) z 3 letnim okresem utrzymania.
2. Warunki leasingu:
  - 1) Pierwsza rata: 10% podstawy wyliczenia rat leasingowych określonej jako suma pkt 1 i 2 ustępu 1 rozdz. XVIII SIWZ,
  - 2) Liczba rat miesięcznych: 120,
  - 3) Ostatnia rata: 20% podstawy wyliczenia rat leasingowych,
  - 4) Stała wysokość części kapitałowej raty leasingowej,
  - 5) Oprocentowanie zmienne - WIBOR 1M + marża.
3. W ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca zakupi we własnym zakresie i na swój koszt pojazdy będące przedmiotem zamówienia.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, iż specyfikacja jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom Zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Zamawiającemu nie wolno oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w SIWZ zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie w odniesieniu do wyartykułowanych w SIWZ oraz wyjaśnieniach do niej wymagań Zamawiającego, na podstawie kryteriów oceny ofert w SIWZ zawartych. Jednocześnie należy wyrazić pogląd, iż Zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom SIWZ inne, niż pierwotnie ustalone znaczenie. Nie jest dopuszczalne także w toku badania ofert doprecyzowywanie przez Zamawiającego postanowień SIWZ oraz formułowanie dodatkowych wymagań, w treści SIWZ nie zawartych. Ocena ofert oparta o domniemane wymagania prowadzić może do dowolności a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ.

Opierając ocenę ofert wyłącznie o swoje intencje doprowadzić może do dowolności, która stoi w sprzeczności z zasadami zamówień publicznych wskazanymi w treści art. 7 ustawy Pzp. Ustawodawca jasno określił co powinna zawierać specyfikacja, w której to Zamawiający powinien wskazać wykonawcom zasady, kryteria które będą stosowane przy ocenie złożonych ofert. Zasada przejrzystości postępowania ma służyć wprowadzeniu jasnych, klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość złożenia oferty w sposób prawidłowy i zgodny z wymaganiami określonymi w SIWZ. Reasumując, stwierdzić należy że Zamawiający zobowiązany jest do oceny ofert wyłącznie w oparciu o kryteria skazane w SIWZ, a jakiegokolwiek rozbieżności w zapisach specyfikacji nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ponadto w związku z przyjętą w ustawie Pzp regułą, iż przesłankę do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować rozszerzająco należy uznać, że przyczyną odrzucenia oferty może być jej niezgodność z treścią SIWZ. Jednakże oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która sporządzona jest odmiennie niż przewidują to postanowienia specyfikacji, a owa „nieodpowiedniość” może odnosić się wyłącznie do strony merytorycznej oferty, nie zaś do jej formy. Zatem Zamawiający dokonując oceny ofert pod kątem jej zgodności bądź niezgodności powinien w pierwszej kolejności ocenić, czy wszystkie wymagane przez niego dokumenty mają dla niego znaczenie merytoryczne i jaki przewidziano sposób obliczania ceny.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, w którym podkreślono, że: „ w SIWZ (pkt XIX ust. 1 – sposób obliczania ceny) wskazano tok postępowania przy obliczaniu ceny netto pojazdów. Wskazanie, że chodzi o tok postępowania zobowiązuje wykonawców do zachowania kolejności działań, takiej jak wskazana przez zamawiającego i uwzględniania skutków działania uprzedniego w następnym. Ustalono tym samym, że podstawą do obliczania ceny netto pojazdu powinna być suma wartości netto wszystkich pojazdów oraz ceny świadczeń dodatkowych. Na tej podstawie powinna zostać obliczona kwota pierwszej raty leasingowej, kapitał do spłaty w równych 118 kolejnych ratach, ostatnia rata leasingowa. Następnie po obliczeniu kosztów finansowych leasingu należało sporządzić harmonogram rat leasingowych”. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej za zasadnością argumentacji Zamawiającego przemawiają zapisy Rozdziału XIX SIWZ – t.j. sposobu obliczania ceny, wskazując iż skoro Przystępujący zastosował się do wskazanych w specyfikacji reguł, to nie można mówić, iż jego oferta nie odpowiada treści SIWZ, zaś przyjęcie przez Zamawiającego interpretacji Odwołującego nie będzie odpowiadało zapisom specyfikacji i może w rezultacie prowadzić do złamania podstawowych zasad, t.j. zasady równości oraz uczciwej konkurencji. W świetle brzmienia Rozdziału XIX SIWZ

niezrozumiałym jest przyjęcie odmiennego sposobu obliczania ceny, zakładającego m. in., iż rata leasingowa jest obliczana po przyjęciu jako jej podstawy wartości netto jednego pojazdu.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że w specyfikacji nie wskazano jednoznacznie, aby załącznik nr 5 (Szczegółowa Kalkulacja Cenowa) był podstawą obliczania wysokości rat leasingowych. Nie przesądza o tym również treść § 12 ust. 3 wzoru umowy, wedle którego: „wartość każdego z pojazdów wynosi ..... i wynika z oferty finansującego stanowiącej załącznik nr 2 do umowy oraz ze Szczegółowej kalkulacji cenowej stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ”, tym samym niezrozumiałe są wywody Odwoływającego, iż załącznik nr 5 był podstawą do obliczania rat leasingowych.

Izba przypomina, iż rozdział XIX SIWZ wyraźnie wskazywał, iż podstawę obliczania rat leasingowych stanowiła wartość netto wszystkich pojazdów, zaś Szczegółowa Kalkulacja Cenowa miała jedynie charakter pomocniczy, stanowiła prezentację wyników obliczeń, czego nie wykluczają w swojej treści zapisy § 12 ust. 3 wzoru umowy. Stąd też argumentacja Odwoływającego w świetle tak przedstawionego stanu faktycznego jest zdaniem Izby niezasadna.

Odnosząc się do zarzutu błędnego wyliczenia rat leasingowych, Izba przywołuje w tym zakresie odpowiedź Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2011 r., w której to Zamawiający wyjaśnił iż „w odpowiedzi na pytanie z dnia 14 stycznia 2011 r. Zamawiający nie modyfikował SIWZ odnośnie wysokości ostatniej raty leasingowej. Ostatnia rata leasingowa zgodnie z ogłoszeniem i SIWZ wynosi 20% podstawy wyliczenia rat leasingowych i zapis ten nie był nigdy przez Zamawiającego modyfikowany i jest jak najbardziej obowiązujący. Natomiast w wyniku modyfikacji art. 12 ust. 10 projektu umowy Zamawiający wykreślił ostatnie zdanie w brzmieniu: *Odsetki za ostatni okres płatne będą w terminie 7 dni po zakończeniu okresu leasingu. Intencją Zamawiającego było, aby odsetki za ostatni okres były płatne zgodnie z harmonogramem. Zatem odsetki za ostatni okres mogą być płatne razem z ostatnią ratą leasingową, co Zamawiający dopuścił w odpowiedzi na pytanie II z dnia 14 stycznia 2011 r., jak również w innym zaproponowanym w harmonogramie terminie. Zamawiający nie wyklucza możliwości płatności odsetek za ostatni okres w terminie płatności ostatniej raty, ani tego nie nakazuje*”. Zatem należy uznać, iż Przystępujący w sposób prawidłowy w świetle zapisów SIWZ oraz jej modyfikacji dokonał wyliczenia ostatniej raty leasingowej, jak również wyliczenia pierwszej i pozostałych rat, co zostało potwierdzone w stanowiskach Zamawiającego oraz Przystępującego wyrażonych w piśmie z dnia 8 marca 2011 r. oraz piśmie z dnia 7 marca 2011 r.

Zatem w świetle niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, t.j. zaniechania ujawnienia informacji zawartych w dokumencie Przystępującego wskazanym w piśmie Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2011 r. Izba wskazuje, iż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa a także nieujawnianie przez Zamawiającego informacji w związku z poprawieniem omyłki w zakresie kryterium 4 podkryterium 2 są konsekwencją zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na etapie składania ofert, Odwołujący zaś informację o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego mógł powziąć w dniu otwarcia ofert, t.j. w dniu 21 stycznia 2011 r. Od otwarcia ofert Odwołujący mógł wnosić o odtajnienie części oferty objętej tajemnicą przedsiębiorstwa oraz w konsekwencji mógłby skutecznie bronić swoich praw w zakresie niezasadnego występowania o wyjaśnienia czy też poprawiania omyłek w tym zakresie.

Izba w pełni podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 9 września 2010 r., sygn. akt KIO 1851/10, iż termin na wniesienie odwołania w odniesieniu do tajemnicy przedsiębiorstwa rozpoczyna swój bieg z momentem otwarcia ofert. W tym orzeczeniu Izba powołała argumenty, które przemawiają za zasadnością liczenia ww. terminu z momentem otwarcia ofert, wskazując iż „w odniesieniu do tzw. odtajnienia oferty, przy obliczaniu terminu na wniesienie odwołania związanego z zaniechaniem takiej czynności zasadniczą trudnością jest określenie daty rozpoczęcia jego biegu. Powyższe związane jest z ogólnym brakiem w ustawie jakiegokolwiek dookreślenia czy wskazania tego typu czynności, ich formy czy stosownego momentu ich dokonania i poinformowania o powyższym wykonawców. Praktyka odtajniania części ofert nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, a więc w sposób nieuprawniony zastrzeganych przez wykonawców zamiast odrzucania tego typu ofert ustaliła się dopiero po uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05. Sąd Najwyższy w swoim orzeczeniu wskazał jedynie na bezskuteczność zastrzeżenie możliwości ujawniania informacji, które w rzeczywistości tajemnicą przedsiębiorstwa nie są i w konsekwencji na jawność takich informacji na ogólnych zasadach dostępności np. do ofert w postępowaniu. Nie wskazał natomiast na żadne czynności zamawiającego, tj. w jakim czasie i w jaki sposób skuteczność owego zastrzeżenia ma weryfikować i jak winien poinformować o tym wykonawców. Zamawiający nie jest więc w żaden sposób zobowiązany do dokonywania jakichkolwiek formalnych czynności w tym zakresie, poza udostępnianiem informacji, które tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią niezależnie czy zostały zastrzeżone przez wykonawcę. W szczególności zamawiający nie jest zobowiązany do zawiadamiania o powyższym w ramach informacji o rozstrzygnięciu postępowania (brak tego typu wymagań w zakresie normowania art. 92 Pzp), czyli zawiadomienie tego typu żadnych informacji o tajemnicy przedsiębiorstwa i jej ocenie w sobie nie niesie. Jak słusznie zauważył zamawiający na rozprawie – zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty nic nie zmienia w tym przedmiocie. Tym samym należałoby przyjąć najwcześniejszy możliwy termin



w jakim zamawiający zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach mógł zweryfikować, a wykonawcy mogli się o jego ustaleniach w tym przedmiocie oraz woli dalszego postępowania z ofertą w tym zakresie dowiedzieć. Takim terminem w niniejszym postępowaniu jest moment otwarcia ofert. Od tej chwili wykonawcy mogli zwrócić się do zamawiającego o udostępnienie ofert konkurencji i w ten sposób sprawdzić w jaki sposób zamawiający wskazaną tajemnicę przedsiębiorstwa w ofertach ocenił (ewentualna odmowa udostępnienia zastrzeżonej części oferty z powołaniem się na jeszcze niedokonaną ocenę charakteru zastrzeżonych informacji jest równoważne z respektowaniem zastrzeżenia). Argumentami przemawiającymi za prawidłowością stanowiska przesądzającego o konieczności jak najszybszego weryfikowania tajemnicy przedsiębiorstwa i decyzji zamawiających w tym przedmiocie przez wykonawców, są ewentualne następstwa procesowe zbyt późnego podjęcia tej kwestii na drodze odwołania, w szczególności dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. W takim przypadku (i momencie) wykonawca składający odwołanie względem nieudostępniania oferty konkurenta i jednocześnie w związku z nieznaną jej treścią nie mogą sformułować poprawnego zarzutu w stosunku do oferty wybranej, skazuje się na oddalenie odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp. Potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 8 ustawy nie będzie miało w takiej sytuacji żadnego wpływu na wynik postępowania, choćby z tego względu, iż nawet w wyniku następczego odtajnienia kwestionowanych informacji, wykonawca pozbawiony już będzie możliwości wniesienia odwołania z ich wykorzystaniem, ze względu na upływ terminu do zakwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty. W przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 3, termin odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 1 (np. względem wyboru najkorzystniejszej oferty) liczy się od daty podjęcia czynności (przesłania informacji o czynności), a nie powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania". Podzielono tak uzasadnione stanowisko KIO, uznając zarazem, że argumentacja wyrażona w przytoczonym wyroku nie traci na aktualności w odniesieniu do rozpatrywanej sprawy.

Tym samym należy uznać, iż termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp upływał w dniu 31 stycznia 2011 r., zatem powyższy zarzut w świetle dyspozycji art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp jest zarzutem spóźnionym.

Co do zarzutów Odwołującego dotyczących prawidłowości dokonania przez Zamawiającego oceny ofert w oparciu o wskazane w SIWZ kryteria (w szczególności kryterium 4, podkryterium 3 i 4) warto zauważyć, iż w świetle dyspozycji art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający sam kształtuje kryteria oceny ofert, kryteria te powinny być obiektywne i uzasadnione opisanym w SIWZ przedmiotem zamówienia.

Izba wyraża pogląd, iż Zamawiający wprowadzając dodatkowe kryteria oceny ofert ma prawo oczekiwać, że wykonawcy w swoich ofertach, wykorzystają swoją wiedzę i doświadczenie przy realizacji podobnych zamówień, i będąc w tym zakresie profesjonalistami zaproponują Zamawiającemu rozwiązania korzystniejsze w oparciu o wskazane przez Zamawiającego w treści SIWZ wymagania. Zatem skoro Odwołujący nie podważał na etapie specyfikacji jej ostatecznych zapisów w zakresie dotyczącym kryteriów oceny ofert – w szczególności w podkryterium 3 i 4, nie może następnie wywodzić odnosząc się do postępowań prowadzonych przez Zamawiającego w poprzednich latach, iż działania Zamawiającego w tym zakresie były niezgodne z przepisami ustawy Pzp, zaś argumentacja Odwołującego, że „szacunki i oferta nie odpowiadają rzeczywistości” nie została poparta konkretnymi dowodami.

Ponadto na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba oddaliła wnioski dowodowe Odwołującego, t.j.:

- „Znaczenie zmian wartości pierwszej i ostatniej dla porównywalności ofert”,
- symulację dotyczącą hipotetycznej kalkulacji wyliczania rat leasingowych

Jak również wniosek dowodowy Zamawiającego:

- zestawienie trzech postępowań, w których brał udział Odwołujący uznając, iż mają one wyłącznie charakter hipotetyczny, lub nie odnoszą się do stanu faktycznego niniejszej sprawy, i mogą być brane pod uwagę wyłącznie jako stanowisko stron w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Przypomnienia wymaga, iż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są w swoim interesie wykazać okoliczności mające znaczenie dla wykazania słuszności prezentowanego przez nie stanowiska. Uwzględniając zatem kontradyktoryjny charakter postępowania oraz wynikające art. 6 Kc zasady ciężaru dowodu, to strony dla wykazania trafności swego stanowiska obowiązane są bezspornie udowodnić okoliczności z których wywodzą skutki prawne, co – posiadając odpowiednią, zgodną z brzmieniem tezy dowodowej – wiedzę mogą uczynić we własnym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie wzięła pod uwagę argumentacji zawartej w złożonym przez Odwołującego (reprezentowanego przez profesjonalnego pełnomocnika) piśmie z dnia 10 marca 2011 r., wskazując iż argumentacja oraz dowody na poparcie swoich twierdzeń strony mogą przedstawiać do czasu zamknięcia rozprawy. Zatem przedstawianie argumentacji oraz dowodów po zamknięciu rozprawy w świetle dyspozycji art. 190 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalne i nie może być brane przez Izbę pod rozwagę.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w tym także co do uzasadnionych kosztów Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie**

.....

.....