

WYROK
z dnia 17 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2014 r. przez **Odwołującego – Egis Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) ECMG GmbH (lider), 2) SGS Polska sp. z o.o.; ul. Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Egis Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie – prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Zarządzanie Kontraktem oraz Pełnienie nadzoru inwestorskiego w rozumieniu Prawa budowlanego nad kontraktem pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd.” w podziale na zadania:*

- *Zadanie 1. Zarządzanie Kontraktem pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd.”: Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. I węzeł „Marki” (bez węzła) - węzeł „Kobyłka”, Zadanie II - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. II węzeł „Kobyłka” (bez węzła) –węzeł „Radzymin Płd.”*
- *Zadanie 2. Pełnienie nadzoru inwestorskiego w rozumieniu Prawa budowlanego nad Kontraktem pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd.”: Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. I węzeł „Marki” (bez węzła) - węzeł „Kobyłka”, Zadanie II - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. II węzeł „Kobyłka” (bez węzła) –węzeł „Radzymin Płd.”*

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2013 r., nr ogłoszenia: 2013/S 240-417661.

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

W dniu 2 października 2014 r., Odwołujący – Egis Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w ww. postępowaniu – Zadanie 1, polegających na niezasadnym uznaniu, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i zawiera błąd w obliczeniu ceny, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez wybór oferty niezgodnie przepisami Pzp, w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i zawiera błąd w obliczeniu ceny, gdy tymczasem oferta jest zgodna z SIWZ i nie

zawiera błędu w obliczeniu ceny, w szczególności wartość podana przez Odwołującego w Formularzu ofertowym dla poz. 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia" nie przekracza 9% ceny oferty;

względnie, w razie przyjęcia, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ:

- 3) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz w z zw. z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie dokonania poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego, polegających na niezgodności oferty z SIWZ nie powodującej istotnych zmian w treści oferty;
- 4) art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty Odwołującego, w szczególności w zakresie, w jakim przepis ten daje Zamawiającemu możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, nie będących negocjacjami w rozumieniu tego przepisu.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego, w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum firm: ECMG GmbH - Lider Konsorcjum oraz SGS Polska Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum;
- dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, a w jej wyniku wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej powyżej przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, i która to stanowi dla Zamawiającego ofertę najkorzystniejszą – w znaczeniu określonym przez Pzp oraz Zamawiającego – spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono m.in., że pismem doręczonym Odwołującemu drogą mailową w dniu 22.09.2014r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp. Zdaniem Zamawiającego, wartość podana przez Odwołującego w Formularzu ofertowym dla poz. 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia" przekracza 9% ceny oferty, niezgodnie z oczekiwaniami

Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego, cena oferty wynosi 9.461.580 zł, więc 9% z tej kwoty to 851.542,20 zł, a nie 853.000 zł jak podano w ofercie Odwołującego w tej pozycji.

Odwołujący wskazał, że powyższe stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślono na wstępie, że każdy wykonawca zamierza złożyć ofertę sporządzoną zgodnie z SIWZ i w tym też duchu oferta Odwołującego winna podlegać ocenie Zamawiającego z uwzględnieniem zapisów SIWZ, w tym niespójności w SIWZ, które zawsze winny być usuwane na korzyść Odwołującego zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Izby.

Podkreślono, że Zamawiający wskazał wyraźnie (pogrubioną, czerwoną czcionką) w Formularzu cenowym stanowiącym część SIWZ, bezpośrednio pod opisem pozycji „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” - „nie więcej niż 9% ceny oferty”.

W związku z powyższym Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 2 pkt 1 Pzp cena - to cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915), a więc wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, uwzględniająca podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym.

Tym samym cena oferty Odwołującego, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, to kwota brutto z Formularza cenowego wynosząca 11.637.743,40 zł, a co za tym idzie, wartość netto z poz. 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” wynosząca 851.542,20 zł nie przekracza zgodnie z SIWZ 9% ceny oferty.

Ponadto, Zamawiający w odniesieniu do tego poziomu procentowego posłużył się w SWIZ sformułowaniem „9%”, a także udostępnił plik Formularza Cenowego w formie pliku Excel, co determinuje wyliczenie poszczególnych wartości do Formularza ofertowego przy użyciu tego programu. Wyliczając bowiem w EXEL-u wartość pozycji 1 Formularza ofertowego wg pkt 9.4. SIWZ, tj. od ceny oferty netto (9.461.580 zł), przy użyciu formuły „9%”, wychodzi wartość podana przez Odwołującego w Formularzu ofertowym, tj. 853.000 zł. Wartość ta zgodna jest jednak z uwagą poczynioną w Formularzu ofertowym, tj. nie przekracza 9% ceny oferty (= ceny oferty brutto). Narzędzie to jest podstawowe, powszechnie stosowane. Nawet więc gdyby przyjąć, że wartość z pozycji 1 Formularza ofertowego nie może przekroczyć 9% ceny ofertowej netto, to w tym przypadku mamy do czynienia z omyłką zdefiniowaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący argumentował także, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przedmiotowa omyłka podlega poprawie w trybie przepisów Pzp. Zamawiający sam bowiem zauważa, że wartość z poz. 1 jest zawyżona o 1.457,80 zł. Wg Zamawiającego 9% ceny

ofertowej (netto, czego Zamawiający już nie dodaje) wynosi 851.542,20 zł, a nie jak w Formularzu ofertowym Odwołującego - 853.000 zł. Owa różnica musi mieć zatem przełożenie na obniżenie najprostszej do przeliczenia wartości z tej pozycji (poz. 1d), aby dalej ta różnica została doliczona w najprostszy sposób do innej pozycji, przy zachowaniu wynikającego SIWZ zakazu procentowego przekroczenia różnych wartości w odniesieniu do ceny ofertowej. W przypadku oferty Odwołującego będzie to poz. 5.1. - ryczałt, który po powyższych poprawkach wynosić będzie 46.457,92 zł, zamiast 45.000 zł z pierwotnego Formularza ofertowego Odwołującego. W wyniku przedstawionej poprawy cena ofertowa Odwołującego w ogóle nie ulegnie zmianie.

Za niezrozumiałe uznał Odwołujący postępowanie Zamawiającego, który nie podjął jakiegokolwiek próby „uratowania” oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy, po pierwsze, wartości z Formularza ofertowego Odwołującego nie przekraczają wartości w tym formularzu podanych przez samego Zamawiającego, a odnoszonych do ceny oferty, a nie ceny oferty netto, a po drugie, gdy Zamawiający zarzuca przekroczenie wartości z poz. 1 Formularza ofertowego w odniesieniu do ceny ofertowej netto zaledwie o kwotę 1.457,80 zł (0,02%), co, jak pokazano powyżej, pozostaje bez wpływu na cenę ofertową Odwołującego.

W świetle powyższego za dopuszczalne w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przyjmuje się nawet takie poprawienie oferty Wykonawcy, które polegają na uzupełnieniu kosztorysu ofertowego, w sytuacji, gdy nie został on załączony do oferty. Takie stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 września 2011r., sygn. akt KIO/UZP 1946/11.

Odwołując się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazano w konsekwencji, że nawet tak daleko idąca omyłka Wykonawcy, jak ta polegająca na braku dołączenia przez niego do oferty kosztorysu, jest możliwa do poprawienia w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W takim bowiem przypadku Zamawiający dysponujący nakładami rzeczowymi wynikającymi z przedmiaru może wyprowadzić ceny jednostkowe na podstawie wartości zamówienia.

Wobec powyższego, skoro w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp możliwe jest uzupełnienie oferty o ceny jednostkowe na podstawie ceny całkowitej, to tym bardziej, możliwe jest poprawienie omyłki polegającej na przekroczeniu wartości pozycji 1 z Formularza ofertowego o 0,02% w odniesieniu do ceny ofertowej netto.

Podniesiono następnie, że w piśmie odrzucającym ofertę Odwołującego wywiedziono zakaz poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp z zakazu „udziału Odwołującego w czynności poprawy oferty”. Z pisma Zamawiającego nie wynika jednak, o jakim udziale wykonawcy mowa. W istocie Pzp w art. 87 ust. 1 zdanie drugie wprowadza zakaz prowadzenia negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą dotyczących treści złożonej oferty. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Żaden jednak przepis prawa nie sprzeciwia się wyjaśnianiu treści oferty. „Negocjacje” oznaczają

pertraktacje, których celem jest osiągnięcie porozumienia, gdy przynajmniej jedna strona nie zgadza się z daną opinią lub z danym rozwiązaniem sytuacji. Negocjacje to sposób porozumienia się w celu rozwiązania konfliktu oraz dojścia do porozumienia obydwu stron. Tym samym ewentualne wyjaśnienia Odwołującego w przedmiotowym zakresie zmierzałyby jedynie do doprecyzowania treści oferty w zakresie zgłoszonych przez Zamawiającego wątpliwości, usprawiedliwienia, iż stwierdzone w ofercie Odwołującego uchybienia mają charakter omyłek, dających się poprawić w trybie Pzp. Wyjaśnienia te nie prowadzą do zaoferowania przez Skarżącego innego przedmiotu umowy, innej ceny ofertowej, a zatem nie są objęte zakazem prowadzenia negocjacji z art. 87 ust. 1 Pzp.

W tym zakresie wskazano, że Ustawodawca dopuszcza skorygowanie lub uzupełnienie danej oferty, w szczególności, gdy oferta wymaga zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty (zob. wyrok TS z 29 marca 2012r. C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europę a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostradę per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA v. Urad pre verejne obstaravanie (orzeczenie wstępne), LEX nr 1332284).

Jak wskazano powyżej, w zaskarżonym rozstrzygnięciu przetargu Zamawiający nie wykazał, aby ewentualne wyjaśnienia czy nawet modyfikacja oferty Odwołującego w zakresie stwierdzonych uchybień prowadziły do wykreowania nowej oferty. Przecież sam ustawodawca przewidział na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, że poprawa omyłek będzie mogła implikować ingerencję w treść oferty, ale jednocześnie ustawodawca przewidział sytuacje, gdy wykonawcy nie będą się godzić na poprawienie omyłki - art. 89 ust. 1 pkt. 7 Pzp (inaczej zresztą niż przy oczywistych omyłkach rachunkowych i pisarskich, gdzie taki sprzeciw wykonawcy nie jest przewidziany). Tym samym ustawodawca w celu ratowania oferty najkorzystniejszej zezwolił Zamawiającemu poprawienie oferty według nawet samodzielnej oceny czy wyliczeń Zamawiającego, pod rygorem braku zgody wykonawcy na taką poprawę.

Skonkludowano następnie, że gdyby więc nawet przyjąć, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, oferta ta podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp (poprawienie w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ) w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp (wyjaśnienie treści oferty). Słusznie zwraca się w wyroku KIO z dnia 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13), że wymóg poruszania się w granicach merytorycznej treści oferty -wyznaczonych przez zawarte w niej oświadczenia i dokumenty - oznacza konieczność uwzględnienia informacji wynikających z nich zarówno wprost, jak i w sposób dorozumiany, zwłaszcza, że to w tym ostatnim przypadku najczęściej zachodzi potrzeba rozwiania mogących powstać u zamawiających wątpliwości.

W przywołanym wyżej wyroku Izby z dnia 4 czerwca 2013r. (sygn. akt KIO 1207/13) podkreśla się, że oferta, jak najbardziej może być wyjaśniona i ewentualnie poprawiona w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt PZP.

W ocenie Odwołującego, owe stwierdzone przez Zamawiającego omyłki nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Istotność omyłki to nie łatwość poprawienia nieprawidłowości w ofercie. W wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie (sygn. akt XII Ga 102/09, LEX nr 557963) wskazuje się, iż kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. W tym ujęciu uchybienia w ofercie Odwołującego mają bez wątpienia charakter nieistotny. Brak też w Pzp normy prawnej, zgodnie z którą możliwość poprawienia omyłek oferty wykonawcy zależna jest od istnienia jedynie jednego sposobu dokonania poprawy. Stanowisko takie nie da się obronić na tle przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 7 Pzp, który statuuje konieczność odrzucenia oferty, jeżeli wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Powstaje pytanie, idąc tokiem myślenia Zamawiającego, czy dałoby się więc na tle Pzp poprawić omyłkę w równaniu $2+2=5$, skoro możliwe są dwa sposoby poprawy: $2+3=5$ lub $2+2=4$. Tego rodzaju omyłka jest wręcz typowa przy sporządzaniu ofert, tym samym stanowisko prezentowane przez Zamawiającego prowadziłoby do absurdalnych konsekwencji, tj. niemożliwości skorzystania z przepisu art. 87 PZP.

Odwołujący wskazał następnie, że w wyroku z dnia 10 czerwca 2013r. sygn. akt KIO 1266/13 stwierdzono nadto: „Oczywiście niezasadne, a nawet pozbawione sensu, jest stanowisko zakładające, że skorzystanie z takich instytucji służących wyjaśnieniu lub uzupełnieniu oferty (w szerokim znaczeniu), które zostały przecież uregulowane w ustawie Pzp - stanowi naruszenie zakazu prowadzenia negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty. Zamawiający nie skonkretyzował nawet, z czego miałyby wynikać zagrożenie prowadzenia negocjacji z Odwołującym. Zdaniem składu orzekającego Izby, w ogóle nie można uznać, co do zasady, że nawet zbyt szeroki zakres wezwania do wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień wykraczających poza wykładnię treści złożonego oświadczenia woli, powoduje konieczność odrzucenia oferty, której te czynności dotyczyły. Natomiast z art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp wynika jedynie, że ewentualne próby zmiany treści oferty w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne (nieważne). Taki pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza między innymi w następujących wyrokach: z 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 992/09) i 5 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 616/11). W tym ostatnim orzeczeniu oraz w wyroku z 18 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 731/11) wyrażono również słuszny pogląd, że dla oceny prawidłowości skorzystania przez zamawiającego z instytucji przewidzianej w art. 87 ust. 1 Pzp istotne jest, czy w ofercie znajdował się konkretny punkt zaczepienia dla dokonanego wezwania, pozwalający na stwierdzenie, że mamy do czynienia

z wyjaśnieniem treści informacji już w niej zawartych. W przekonaniu składu orzekającego Izby, wymóg poruszania się w granicach merytorycznej treści oferty - wyznaczonych przez zawarte w niej oświadczenia i dokumenty - oznacza konieczność uwzględnienia informacji wynikających z nich zarówno wprost, jak i w sposób dorozumiany, zwłaszcza, że to w tym ostatnim przypadku najczęściej zachodzi potrzeba rozwiania mogących powstać u zamawiających wątpliwości. (...)

Odwołujący stwierdził następnie, że nie sposób twierdzić, że Odwołujący dopuścił się błędu w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp. W ocenie doktryny i orzecznictwa, błąd w rozumieniu omawianego przepisu jest błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie wadliwie od strony technicznej wykonaną czynnością obliczenia wartości z Formularza ofertowego (w tym przypadku wyliczenia 9% od ceny ofertowej netto przy użyciu programu Excel, co w konsekwencji dało wartość przepisaną do Formularza ofertowego Odwołującego, odpowiadającą 9,02% ceny ofertowej netto). Podniesiono także, że błąd wskazywany, jako przesłanka odrzucenia oferty musi odnosić się do ceny rozumianej zgodnie z art. 2 pkt 1, tj. do ceny za całość świadczenia. Nieuprawnione więc będzie odrzucanie ofert, w których popełniony został błąd w elemencie Formularza cenowego, jeśli nie przyniósł on żadnych konsekwencji w ustaleniu ostatecznej ceny oferty.

Podsumowując wskazano, że wartość z poz. 1 Formularza ofertowego zgodna jest z SIWZ, gdyż nie przekracza 9% ceny ofertowej zgodnie z zapisem SIWZ (Formularza ofertowego). Gdyby nawet przyjąć, że wartość ta jest zawyżona o 0,02%, jest to wynikiem niezamierzonego działania Odwołującego. Poprawienie przedmiotowej omyłki sprowadza się do działań rachunkowych, dla których punktem wyjścia jest cena ofertowa podana przez Odwołującego. Tym samym spełnione są wszystkie przesłanki do poprawienia przez Zamawiającego przedmiotowej omyłki.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ECMG GmbH (lider), 2) SGS Polska sp. z o.o.; ul. Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń. Strony nie wniosły opozycji w tym zakresie. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

W złożonej do akt odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, względnie w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku – o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu podniesiono, że czynność Zamawiającego, której niezgodność z przepisami zarzuca Odwołujący, tj. odrzucenie jego oferty została dokonana w związku z uwzględnieniem w tym zakresie zarzutu zawartego w odwołaniu wniesionym w dniu

14.08.2014 r., przez wykonawcę TPF Sp. z o.o. oraz zgodnie z treścią wyroku KIO o sygn. akt KIO 1671/14, KIO 1675/14 z dnia 2 września 2014 r., wydanego w sprawie tego odwołania, w którym KIO nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty złożonej przez wykonawcę Egis Poland Sp. z o.o.

Zamawiający wnosząc z ostrożności procesowej o oddalenie odwołania podniósł z kolei, że:

Ustalenie ceny oferty z pominięciem wymagań Zamawiającego mających wpływ tak na wysokość ceny, jak i rentowność wykonania zamówienia dla wykonawcy, nie może być traktowane, jako przejaw dopuszczalnego dążenia do uzyskania zamówienia przez wykonawcę. Brak respektowania zasad ustalonych w postępowaniu w celu uzyskania zamówienia nie może być uznany za działanie z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Podniesiono, że nie jest sporne, iż kwota podana przez Odwołującego dla pozycji 1 Formularza cenowego wynosi wynikowo 9,02% i przekracza wymóg określony przez Zamawiającego, że wartość ta nie może przekroczyć poziomu 9% ceny oferty netto. Zakwestionowano jednocześnie możliwość poprawienia oferty w tym zakresie, wskazując, że powyższa okoliczność nie może być uznana za omyłkę nie istotną. Zamawiający wskazał, że w części IDW „Sposób obliczenia ceny oferty” określił, iż: „Wartość netto pozycji „Koszty administracyjnej od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia” nie może przekroczyć 9% ceny Oferty netto. (...) W przypadku gdy którakolwiek z wartości, o których mowa powyżej, zostanie przekroczona Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp”. Czyniąc takie zastrzeżenie Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, iż maksymalny % udział pozycji „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia” w cenie oferty netto na wymaganym poziomie jest istotnym elementem oferty, co podkreślił Zamawiający nadając mu najpoważniejszy rygor odrzucenia oferty. Tym samym, na etapie badania ofert Zamawiający nie może nadać tej czynności charakteru nieistotnego. Zwrócono także uwagę, że zgodnie z treścią poz. 1 Formularza cenowego na wartość tego działu sumują się wartości z kilku pozycji. Nie jest więc prawdą, iż czynność poprawienia oferty Odwołującego wymagałaby tylko obniżenia najprostszej do przeliczenia wartości z tej pozycji (1d). Podniesiono w tym zakresie, że Odwołujący pomija, iż powyższy dział stanowi sumę wartości 5 pozycji, a dokonanie poprawienia oferty skutkować musiałoby w tej części modyfikacją poszczególnych wartości, które składają się na tę wartość sumaryczną widniejącą w poz. 1.

Podkreślono także, że w analogicznej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „oferta ta zawierała błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający działając prawidłowo powinien

był bowiem uznać, że wymagania określone w pkt 10.4 IDW stanowi element opisu sposobu obliczenia ceny i nie wypełnia postanowień SIWZ w tym zakresie musi być kwalifikowane jako niezastosowanie się do przyjętego przez zamawiającego sposobu obliczenia ceny oferty (...). Błąd w obliczeniu ceny, który zaistniał w ofercie odwołującego nie da się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp” – wyrok KIO z dnia 12 września 2014 r., sygn. akt KIO 1716/14.

Zamawiający podkreślił, że zapis SIWZ w odniesieniu do powyższej pozycji stwierdzał, że nie mogła ona przekraczać poziomu 9% ceny oferty netto, a nie że wynosić ma dokładnie 9% ceny oferty netto, co dodatkowo uniemożliwiało Zamawiającemu samodzielne określenie, jakich to poziom wartości tej pozycji Formularza Cenowego byłby dla Odwołującego odpowiedni.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający wskazał, że przepis art. 87 ust. 1 Pzp ma zastosowanie przede wszystkim w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty i pozwala Zamawiającemu na należyłą ocenę złożonej oferty. Jego zastosowanie ma na celu wyjaśnienie zaistniałych okoliczności, a nie pozwolenie wykonawcom na ukształtowanie swojego oświadczenia woli, jakim jest ofert w sposób zgoła odmienny od pierwotnie założonego. W tym zakresie Zamawiający odwołał się także do stanowiska przedstawionego w wyroku KIO z dnia 12 września 2014 r., sygn. akt KIO 1716/14.

Końcowo, Zamawiający wskazał, że jego działania, zarówno na etapie przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia realizowane były zgodnie z art. 7 Pzp.

Przystępujący w złożonym piśmie procesowym podniósł m.in., że wobec rozstrzygnięcia zawartego w wyroku z dnia 2 września 2014 r., sygn. akt KIO 1671/14, 1675/14, Odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu prawa zaskarżenia rozstrzygnięcia do właściwego sądu okręgowego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu Odwołujący złożył ofertę na Zadanie 1. Zarządzanie Kontraktem pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd.”: Zadanie I – Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. I węzeł „Marki” (bez węzła) – węzeł „Kobyłka”, Zadanie II – Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. II węzeł „Kobyłka” (bez węzła) – węzeł „Radzymin Płd.”.

W sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 1671/14, KIO 1675/14, Odwołujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i uczestniczył w postępowaniu w charakterze uczestnika. W odwołaniu zarejestrowanym pod sygn. akt KIO 1675/14 podniesiony został zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Egis Poland Sp. z o.o., jako nie odpowiadającej treści SIWZ. W sprawie tej Zamawiający w udzielonej odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w związku z tym, iż:

- w pkt 9.4 IDW Zamawiający określił wymóg: *„Wartość netto pozycji „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” nie może przekroczyć 9% ceny Oferty netto. Wartość netto pozycji „Działania promocyjne” nie może przekroczyć 1% ceny Oferty netto. Wartość netto pozycji „Koszt wsparcia Zamawiającego” nie może przekroczyć 0,3% ceny Oferty netto. Wartość netto jednej jednostki czasu w pozycji „Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności” nie może przekroczyć 50% ceny tej jednostki czasu w pozycji „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia”. Wartość netto pozycji „Wynagrodzenie za nabycie majątkowych praw autorskich” nie może przekroczyć 0,5% ceny Oferty netto. W przypadku, gdy którakolwiek z wartości, o których mowa powyżej zostanie przekroczona Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp”;*
- powyższe wymagania zostały potwierdzone w treści Formularza cenowego (Formularz 2.2. – dla Zadania 1);
- wykonawca Egis Poland Sp. z o.o. wycenił pozycję 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia” powyżej wskazanej w SIWZ (w pkt 9.4 IDW) kwoty 9% całkowitej ceny oferty netto, a zatem nie zostały spełnione wymagania SIWZ, a oferta wykonawcy Egis Poland Sp. z o.o., powinna zostać odrzucona;
uwzględnia zarzut w powyższym zakresie.

Zamawiający podniósł przy tym, że SIWZ od momentu jej udostępniania jest wiążąca dla Zamawiającego. Zamawiający wskazał jednocześnie na brak możliwości poprawienia omyłki w powyższym zakresie.

W wyroku z dnia 2 września 2014 r., sygn. akt KIO 1671/14, KIO 1675/14, Izba – w odniesieniu do odwołania zarejestrowanego pod sygn. akt KIO 1675/14 – rozstrzygnęła, iż uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania pierwszego, a następnie w ramach tego zadania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty złożonej przez wykonawcę Egis Poland Sp. z o. o. w Warszawie z uwagi na

fakt, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu wyroku Izba, wskazując na powyższe stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, stwierdziła że oświadczenie złożone przez Zamawiającego, na podstawie art. 190 ust. 5 Pzp, uznaje w tym przypadku za przyznanie faktów, które nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Izba podzieliła również ocenę prawną wyrażoną przez Strony. Mając to na uwadze, Izba uwzględniła rozpoznawany zarzut, a tym samym odwołanie.

Wykonawca Egis Poland Sp. z o.o. nie wniósł skargi wobec ww. rozstrzygnięcia.

Pismem z dnia 22 września 2014 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania 1 oraz zawiadomił o powtórzeniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania 1, wskazując, że jako najkorzystniejsza została uznana i wybrana oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) ECMG GmbH (lider), 2) SGS Polska sp. z o.o.; ul. Zelinkagasse 10, 1010 Wiedeń. W piśmie tym Zamawiający zawiadomił także o odrzuceniu oferty Odwołującego. W uzasadnieniu wskazano, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp ponieważ zawiera błędy w obliczeniu ceny. W uzasadnieniu faktycznym zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający przywołał fakt zastrzeżenia w SIWZ, że koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia (poz. 1) nie mogły przekroczyć 9% ceny oferty. Zamawiający wskazał na cenę oferty netto odwołującego oraz okoliczność, że koszty z poz. 1 Formularza cenowego przekraczają 9% i stanowią 9,02%. Tym samym treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający wskazał także, że nie może zastosować przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp do poprawienia oferty – przedstawiając uzasadnienie zajętego w tym zakresie stanowiska. W uzasadnieniu podano także – cytując – *„Dodatkowo należy wskazać, iż błąd, który zaistniał w ofercie Wykonawcy stanowi błąd w obliczeniu ceny, który nie nadaje się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp. Wymagania określone w pkt 9 IDW (Tom I SIWZ) stanowią element opisu sposobu obliczenia ceny oferty i nie wypełnienie postanowień SIWZ w tym zakresie należy zakwalifikować jako niezastosowanie się do przyjętego przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny oferty. W związku z powyższym oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny”*.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania. Stanowisko to podyktowane było tym, iż w rozstrzygnięciu zawartym w ww. piśmie Zamawiającego z dnia 22 września 2014 r., w podstawie prawnej i faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego podany został także przepis art. 89 ust. 1 pkt 6

Pzp. W konsekwencji nie było możliwym uznanie, że w tym zakresie jest to czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Procedura odwoławcza regulowana przepisami ustawy Pzp nie zna przy tym instytucji częściowego odrzucenia odwołania. Z tego też względu wnioski dotyczące odrzucenia odwołania w całości nie mógł zostać uwzględniony.

Jednocześnie Izba uznała, że zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie kwalifikował się do skierowania na rozprawę – brak było bowiem podstaw do jego merytorycznego rozpoznania. W tym zakresie, na zasadzie analogii, zastosowanie znajdowała bowiem zasada wyrażona w art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp. W ocenie Izby, z uwagi na rozstrzygnięcie wydane w sprawie o sygn. akt KIO 1671/14, KIO 1675/14, Odwołujący nie był uprawniony do merytorycznego kwestionowania zasadności decyzji, co do odrzucenia jego oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ. W wyroku wydanym w tej sprawie Izba nakazała bowiem Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Egis Poland Sp. z o.o., z uwagi na fakt, iż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wykonaniu przedmiotowego wyroku Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. W tym więc zakresie obecne odwołanie dotyczyło czynności, która nie mogła być już kwestionowana z uwagi na – znajdujący odpowiednie zastosowanie – zakaz z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Izba nie uwzględniła przy tym argumentacji Odwołującego, iż czynność Zamawiającego odpowiada, co prawda, wyrokowi z dnia 2 września 2014 r, ale jest konsekwencją oświadczenia złożonego na płaszczyźnie dowodowej, a nie na płaszczyźnie merytorycznej. Przedmiotowe argumenty nakierowane były na wykazanie, że nakazanie odrzucenia oferty Odwołującego było wyłącznie wynikiem przyznania faktów przez Zamawiającego, nie stanowiło to zaś przedmiotu merytorycznej oceny Izby. Należy podkreślić, że Izba nie jest związana dokonaniem przez stronę postępowania odwoławczego przyznaniem faktów. Zgodnie z art. 190 ust. 5 Pzp, nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Brzmienie tego przepisu (in fine) wskazuje, że warunkiem uznania przyznania faktu jest ich zgodność ze stanem rzeczywistym. Nie ulega wątpliwości, iż uznanie spełnienia tego warunku wymaga po pierwsze ustalenia przez Izbę stanu faktycznego, co wymaga merytorycznej analizy i oceny, a następnie skonfrontowania tego ustalenia z samą czynnością przyznania faktu. W odniesieniu do niniejszej sprawy powyższe oznacza, że Izba w pierwszej kolejności dokonała ustaleń oraz przeprowadziła ocenę, co do tego, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Uznając, że niezgodność ta stanowi właśnie rzeczywisty stan rzeczy Izba uwzględniła przyznanie faktów na zasadzie art. 190 ust. 5 Pzp. W kontekście tego przepisu, ale także z uwagi, że uwzględnienie odwołania wymaga przede wszystkim uznania, że w

sprawie doszło do naruszeń przepisów Pzp (w odniesieniu do ww. sprawy – zaniechania zastosowania wobec Egis Poland Sp. z o.o. sankcji z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), nie można wywodzić, że możliwym byłoby nakazanie odrzucenia oferty danego wykonawcy, w sytuacji gdyby Izba nie uznała, że zachodzą ku temu zarówno podstawy faktyczne, jak i prawne. Ponadto, treść uzasadnienia ww. wyroku jednoznacznie wskazuje, że nakazanie odrzucenia oferty Egis Poland Sp. z o.o., stanowiło przedmiot merytorycznej oceny Izby. Izba podkreśliła w uzasadnieniu tego orzeczenia, że po pierwsze przyznane fakty nie budzą wątpliwości, co do zgodności ze stanem rzeczywistym, jak również, że podziela ocenę prawną wyrażoną przez strony tego postępowania. Zajęcie stanowiska, co do zasadności określonej oceny prawnej, wymaga jej analizy, a więc przeprowadzenia merytorycznego badania zasadności wywodów i argumentacji prawnej. Należy jednocześnie wskazać, że uwzględnienie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Egis Poland Sp. z o.o. zostało przez Zamawiającego szczegółowo uzasadnione i oparte na rzeczowych argumentach, w tym wynikających z analizy treści SIWZ. Przyznanie to nie ograniczyło się jedynie do ogólnej oceny. Ocena Izby, co do zgodności przyznanych faktów ze stanem rzeczywistym, oparta więc została na całościowej analizie wszystkich okoliczności powyższej sprawy.

W istocie, podnosząc zarzut wobec czynności, która została wykonana zgodnie z wyrokiem z dnia 2 września 2014 r., Odwołujący podjął próbę skorygowania przeprowadzonej już przez Izbę oceny, iż jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, a tym samym próbę podważenia stanowiska Izby nakazującego odrzucenie jego oferty. Odwołanie zmierzało do zrewidowania wcześniejszego wyroku, co było jednak, w ocenie składu orzekającego w tej sprawie, niedopuszczalne i skutkowałoby orzekaniem po raz drugi w tej samej sprawie.

Izba nie uznała przy tym stanowiska Odwołującego, co do braku możliwości zaskarżenia wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1671/14, KIO 1675/14. Prawa zaskarżenia przedmiotowego rozstrzygnięcia nie wyłączała, zdaniem Izby, okoliczność, iż wykonawca Egis Poland Sp. z o.o. w powyższym postępowaniu zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego, wobec którego czynności (uwzględnienia jednego zarzutu, a nie całości odwołania) nie mógł wówczas wnieść sprzeciwu. W ocenie Izby twierdzenie, iż wyznaczona przepisami Pzp pozycja procesowa wykonawcy – zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego – która wymusza, by jego czynności nie pozostawały w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 5 Pzp), nie może decydować o prawie do zaskarżenia rozstrzygnięcia Izby do sądu powszechnego. Izba nie znalazła tym samym podstaw do uznania, że skoro wykonawca Egis Poland Sp. z o.o. nie mógł wnieść sprzeciwu w sprawie o sygn. akt KIO 1671/14, KIO 1675/14, to tym samym nie mógł wnieść skargi do sądu – gdyż pozostawałoby to w opozycji do ww. zasady.

Przede wszystkim, należy wskazać, iż powyższa zasada dotyczy postępowania przed Izłą. Dział VI Rozdział 3 Pzp – Skarga do sądu – nie zawiera analogicznej regulacji. Nie można także zaakceptować, by zaskarżenie wyroku stanowiło w tym przypadku rozszerzenie żądania, czy było wystąpieniem z nowym żądaniem. Należy wskazać, że zakresem odwołania rozpoznanego w ww. sprawie było żądanie odrzucenia oferty wykonawcy Egis Poland Sp. z o.o. Skarga skierowana wobec rozstrzygnięcia odnoszącego się do tego żądania nie prowadziła, ani do rozszerzenia żądania, ani do skonstruowania żądania nowego – wcześniej nie zgłoszonego. Przepis art. 198d Pzp wyraża w istocie zasadę, że postępowanie toczące się na skutek wniesienia skargi ma dotyczyć tego, co było przedmiotem rozpoznania przez Izłą (przedmiotem odwołania). Nie ulega wątpliwości, że skoro kwestia dotycząca niezgodności treści oferty była przedmiotem ww. postępowania, to przepis art. 198d Pzp nie miałby zastosowania wobec zaskarżenia wydanego w tym zakresie rozstrzygnięcia.

Należy następnie wskazać, że art. 198a ust. 1 Pzp wyraźnie stanowi, iż na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Uczestnik postępowania posiada więc samodzielną – niezależną od Zamawiającego i jego stanowiska – legitymację do wniesienia skargi. Przepis nie zawęża prawa wniesienia skargi jedynie dla uczestnika, który mógł wnieść sprzeciw wobec stanowiska Zamawiającego. Jak wskazuje brzmienie art. 198a ust. 1 Pzp, skarga przysługuje uczestnikowi postępowania, a nie wnoszącemu sprzeciw. Mając na względzie, iż prawo do sądu stanowi fundament demokratycznego państwa prawa, przepisy regulujące to prawo nie powinny podlegać wykładni zawężającej.

W odniesieniu do powyższego należy podnieść dodatkowo, że z faktu, iż przepisy Pzp zawierają własną regulację dotyczącą skargi do sądu, nie wynika, by przedmiotowa regulacja nie podlegała – tak jak inne regulacje – zasadom wynikającym z aktów nadrzędnych, w tym przypadku przede wszystkim wynikającym z Konstytucji RP. Także regulacja Pzp, m.in. w zakresie skargi do sądu, musi być postrzegana w kontekście norm konstytucyjnych. Zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Przepis ten wyraża konstytucyjne prawo do sądu. Przy uwzględnieniu tej zasady muszą być interpretowane także przepisy ustawy Pzp stanowiące o prawie zaskarżenia do sądu wyroku Izby. Podmiot, którego orzeczenie to bezpośrednio dotyczy, przesądza o jego sytuacji faktycznej i prawnej, posiada niewątpliwie prawo do poddania wydanego rozstrzygnięcia kontroli niezawisłego sądu.

Także na gruncie przepisów procedury cywilnej, dotyczących apelacji, wskazuje się, że warunkiem dopuszczalności apelacji jest istnienie tzw. *gravamen*, które to pojęcie rozumiane jest jako „pokrzywdzenie” strony zaskarżonym wyrokiem. Zgodnie z art. 198a ust.

2 Pzp w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się przepisy ustawy Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego działu nie stanowią inaczej. Wykonawca, co do którego Izba nakazuje odrzucenie jego oferty niewątpliwie jest podmiotem, którego cechuje przymiot „pokrzywdzenia”. W konsekwencji, także przez pryzmat zasad obowiązujących w postępowaniu apelacyjnym trudno uznać, by skarga takiego podmiotu nie została przyjęta do rozpoznania – tylko z tego powodu, że w toku postępowania nie mógł wnieść sprzeciwu wobec czynności Zamawiającego. Odwołujący podnosząc brak możliwości skorzystania z prawa do sądu nie wskazał przy tym żadnych konkretnych przykładów orzeczeń, które uzasadniałyby stawianą tezę, a jak wskazano powyżej – teza ta nie znajduje uzasadnienia w przywołanych przepisach prawa.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący mógł skutecznie kwestionować ocenę Izby, co do niezgodności jego oferty z treścią SIWZ, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, na etapie wyroku w sprawie KIO 1671/14, KIO 1675/14. Był to właściwy i jedyny czas na podjęcie obrony swojej oferty przed odrzuceniem z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ. Czynność wykonana przez Zamawiającego stanowiła w tym zakresie konsekwencję nakazu zawartego w wyroku Izby, a tym samym fakt jej podjęcia nie mógł być kwestionowany w trybie odwołania. Odwołanie w tej części zmierzało bowiem w istocie do zrewidowania poprzedniego wyroku Izby i skorygowania niekorzystnej dla Odwołującego decyzji. Celowi temu służy jednak instancja kontrolna, w przypadku Pzp – skarga do sądu okręgowego. Merytoryczne rozpoznanie tej części zarzutów odwołania stanowiłoby przy tym orzekanie ponownie, co do kwestii już przez Izbę rozstrzygniętych.

Powyższa ocena Izby, co do braku możliwości zakwestionowania zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, determinowała ocenę zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz naruszenia pozostałych zarzutów odwołania.

Odwołujący podtrzymał odwołanie, pomimo przedstawienia przez Izbę w toku postępowania, że zarzut dotyczący odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie może być skierowany na rozprawę, oraz że Izba nie będzie ponownie orzekała, co do tej kwestii. W konsekwencji odwołanie podlegało rozpoznaniu z wyłączeniem jednak materii odnoszącej się do niezgodności treści oferty z SIWZ.

W sytuacji, gdy Izba uznała, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest skuteczne i nie może być kwestionowane, odwołanie podlegało oddaleniu. Przede wszystkim należy wskazać, iż wykonawca, wobec którego przynajmniej jedna z podstaw odrzucenia jest zasadna, nie może skutecznie kwestionować prawidłowości samej – co do zasady – czynności odrzucenia. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także

innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Dla korzystania z legitymacji czynnej wymagane jest łączne spełnienie ww. przesłanek. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby „Wykazanie szkody, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 p.z.p., jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia w interesie i na korzyść odwołującego, skutkiem czego możliwe byłoby zawarcie umowy z odwołującym” (por. wyrok KIO z dnia 15 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1025/13; KIO 1047/13). W niniejszej sprawie tego rodzaju możliwość nie zachodziła. W powołanym wyroku wskazano także, że stwierdzenie, iż odwołujący nie ma lub nie miał interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p., zwalnia Izbę z merytorycznego rozpoznawania zarzutów odwołania. Okoliczność powyższa wynika bezpośrednio z ekonomiki postępowania, gdyż niezasadnym i niecelowym byłoby rozpoznawanie przez Izbę zarzutów odwołania na rozprawie przy uznaniu braku legitymacji czynnej do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze, że nie było możliwym zakwestionowanie zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba w zasadzie była zwolniona z merytorycznego rozpoznania pozostałych zarzutów.

Ponadto, należy wskazać, że nawet przy merytorycznym ich rozpoznaniu odwołanie nie podlegałoby uwzględnieniu. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nawet więc uznanie, że Zamawiający błędnie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, czy zaniechał innych czynności podnoszonych w treści odwołania – które to zarzuty nie znajdowały jednak zdaniem Izby uzasadnienia – nie miałyby w tej sprawie znaczenia, gdyż wobec uznania skuteczności i zasadności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, kwestie te pozostawałyby poza dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, zaliczając w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (§ 3 pkt 1 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: