

WYROK
z dnia 18 lipca 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2014 roku przez wykonawcę **Bilfinger ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Balcke-Dürr Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a także czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym zastosowanie do tej oferty art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do formularza cenowego w pozycjach 2.6, 6.1, 8.1, 8.5, 8.6, 12.1, 14.2, 17.19 w sposób wskazany w uzasadnieniu orzeczenia;

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Bilfinger ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach** na rzecz wykonawcy **Bilfinger ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 4 lipca 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie złożył wykonawca Bilfinger ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi Zamawiający TAURON Wytwarzanie S.A., w imieniu którego działa TAURON Wytwarzanie S.A. Departament Zakupów - Wydział Zakupu Usług w Jaworznie. Postępowanie dotyczy „Modernizacji i remontu kapitalnego elektrofiltra bloku nr 9 w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna - Oddział Elektrownia Łaziska w Łaziskach Górnych”. Zakres zadania obejmuje modernizację i odtworzenie podzespołów oraz prace remontowe w branży mechanicznej, elektrycznej i AKPiA elektrofiltra bloku nr 9 o mocy 230 MW. Celem zadania jest umożliwienie prawidłowej pracy urządzeń bloku nr 9 do roku 2026. Data publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - 2 kwietnia 2014 r., ze sprostowaniami z dnia 13 maja 2014 r. Numery ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 0111772-2014 (2014/S 065-0111772) oraz 0160563-2014 (2014/S 091-0160563).

W odwołaniu wykonawca wskazał na następujące naruszenia:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty;
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), które nie powodowały istotnych zmian w treści oferty;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, która powinna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez BALCKE-DURR POLSKA sp. z o.o. w Warszawie;
3. nakazanie wykonania Zamawiającemu czynności polegającej na ponownym badaniu i ocenie ofert;
4. nakazanie wykonania Zamawiającemu czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie Formularza Cenowego stanowiącego załącznik nr 1 do Formularza Oferty

w pozycjach 2.6, 6.1, 8.1, 8.5, 8.6, 12.1, 17.19, w kolumnie nr 2 - nazwa pozycji; oraz w pozycji 14.2 w kolumnie nr 4 – ilość;

5. nakazanie wykonania Zamawiającemu czynności polegającej na poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłki w ofercie Odwołującego, która nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, poprzez poprawienie treści Formularza Cenowego stanowiącego załącznik nr 1 do Formularza Oferty w pozycjach 2.6, 6.1, 8.1, 8.5, 8.6, 12.1, 17.19, w następujący sposób:

- wpisaniu w kolumnie 2 w pozycji 2.6 „Dostawa i montaż stropów blachownic: 1. Blachownice środkowe: szt.2 około 30 m² 2. Blachownice skrajne: szt. 2 około 15 m²”;
- wykreśleniu w kolumnie 2 w pozycji 6.1 słów „zgodnie z założeniami pkt 6.3”;
- skorygowaniu w kolumnie 2 w pozycji 8.1 szyku wyrazów poprzez nadanie zdaniu treści: „Wykonanie dokumentacji technicznej dachu zewnętrznego i wewnętrznego wraz z izolacją oraz blachownię”;
- wpisaniu w kolumnie 2 w pozycji 8.5 „Demontaż stropów blachownie: 1. Blachownice środkowe: szt.4 około 90 m² 2. Blachownice skrajne: szt. 4 około 45 m²”;
- wpisaniu w kolumnie 2 w pozycji 8.6 „Dostawa i montaż stropów blachownie: 1. Blachownice środkowe: szt. 4 około 90 m² 2. Blachownice skrajne: szt. 4 około 45 m²”;
- wpisaniu w kolumnie 4 w pozycji 14.2. prawidłowej liczby „40”;
- wykreśleniu w kolumnie 2 w pozycji 12.1 słów „zgodnie z założeniami pkt 6.3”;
- wpisaniu w kolumnie 2 w pozycji 17.19 „Remont mocowania istniejących kabli WN. zasilających i sterowniczych ciągu technologicznego nr 2 i 3 elektrofiltra”.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w wniesieniu odwołania od wskazanych wyżej czynności Zamawiającego, gdyż przez odrzucenie oferty Odwołującego, Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po dokonaniu czynności polegających na wezwaniu do złożenia wyjaśnień oraz przede wszystkim poprawieniu omyłek w ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3, oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, poprzez nieosiągnięcie przychodów możliwych do uzyskania w toku wykonywania zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów, wskazano, że zgodnie z wymaganiami SIWZ załącznikiem do ofert był załącznik nr 1 do Formularza Oferty, określany jako Formularz Cenowy, w którym wskazano zakres prac dla trzech ciągów technologicznych elektrofiltra a wykonawcy przedstawiali wycenę poszczególnych prac i elementów wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Jednocześnie jednak, cena ofertowa za wykonanie całego zamówienia miała charakter ryczałtowy.

W dniu 25 czerwca 2014 r. Zamawiający poinformował drogą faksową o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty ze SIWZ polegającą na niezgodności załącznika nr 1 do Formularza Oferty w pozycjach 2.6, 6.1, 8.1, 8.5, 8.6, 12.1, 14.2, 17.19; przy czym Zamawiający wskazał, iż Odwołujący dokonał zmiany zakresu prac, w tym zmian ilościowych.

Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie wspomnianych pozycji załącznika nr 1, pomimo iż zobligował Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w innym zakresie, a więc korzystał w toku postępowania z trybu wyjaśnień przewidzianego ustawą. Wskutek takiego działania Zamawiającego, odrzucenie oferty nastąpiło z naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek poprawienia omyłek w treści oferty, które nie powodują istotnej jej zmiany, a do takich niewątpliwie należały błędy w pozycjach 2.6, 6.1, 8.1, 8.5, 8.6, 12.1, 14.2, 17.19 załącznika nr 1. Jednak Zamawiający nie tylko nie poprawił tych omyłek, ale nawet nie zwrócił się o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. Odwołujący podkreślił, że poza jednym wyjątkiem omyłki odnoszą się tylko i wyłącznie do kolumny 2 Formularza cenowego, tj. do „nazwy pozycji”, zaś prawidłowo zostały wypełnione wszystkie pozostałe kolumny, przede wszystkim cena oraz ilość. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że Odwołujący dokonał zmian ilościowych w formularzu, ponieważ te pozostały prawidłowo wypełnione, zgodnie z SIWZ. Odnośnie zaś punktu 14.2 Załącznika nr 1, Zamawiający mógł w oczywisty sposób dokonać także dostosowania podanych ilości do prawidłowych, w szczególności dlatego, iż liczba wpisana w kolumnie 4 „ilość” wynosi 40, a jednostka miary to metr bieżący, co odpowiada podanej w kolumnie 2 nazwie pozycji „Demontaż kabli w szafir SPZ3 zasilającym 9SG1, SCI, CS2 o przekroju 4x4 mm² i długości w sumie ok. 40 mb”. Nie można zatem twierdzić, że Odwołujący dokonał zmian ilościowych, skoro zaoferowana cena odnosiła się do całości pozycji 14.2 i obejmowała wskazaną w niej ilość (40 mb).

Odwołujący przytoczył pogląd KIO, wyrażony w wyroku z dnia 31 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 73/14, że po pierwsze za omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 należy uznać niezamierzone opuszczenie w dokumencie jednego a nawet kilku wyrazów, a po drugie skoro zamawiający w SIWZ żądał złożenia wraz z ofertą formularza, można wywieść, że jest to dokument (oświadczenie), o którym mowa w art 25 ust 1 pkt 2 p.z.p. To oznacza, że także ten dokument (oświadczenie) mógł podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust 3 p.z.p. lub wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p.

Okoliczności przygotowania i złożenia oferty jednoznacznie wskazują, że intencją i zamiarem Odwołującego było złożenie oferty z Formularzem cenowym wypełnionym zgodnie z wolą Zamawiającego, uzewnętrznioną w SIWZ. Odwołujący zamieścił

w formularzu oferty oświadczenie o akceptacji bez zastrzeżeń zapisów SIWZ, w tym również zobowiązał się do wykonania zamówienia na warunkach i zasadach tam określonych. W szczególności Odwołujący oświadczył, że przedmiot oferty jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Poprawienie wskazanych wyżej omyłek w wymienionych pozycjach Formularza nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Czynność ta doprowadziłaby do pełnej zgodności treści oferty z SIWZ na co pozwala art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., natomiast sama poprawa nie zmieni sposobu realizacji zamówienia. Zmiana w kolumnie nr 2 (a w przypadku punktu 14.2 — kolumnie nr 4) nie będzie także prowadziła do zmiany ceny, ponieważ jak wskazano omyłka Odwołującego dotyczyła tylko kolumny „nazwa pozycji” (lub odpowiednio „ilość”), a pozostałe kolumny zostały wypełnione prawidłowo, w związku z czym prawidłowo także została obliczona zaoferowana cena. Omyłki sprowadzają się w gruncie rzeczy na niecelowym pominięciu pewnych wyrazów albo dodaniu nowych, które nie znalazły się w SIWZ (np. „zgodnie z założeniami pkt 6.3” w pkt 6.1).

Pamiętać należy, że ustawodawca dał Zamawiającemu, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, czego Zamawiający zaniechał w odniesieniu do omyłek w Formularzu cenowym pozycje 2.6, 6.1, 8.1, 8.5, 8.6, 12.1, 14.2, 17.19. Wystąpienie tego rodzaju omyłki, mieszczącej się w zakresie obowiązywania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. według konsekwentnie prezentowanego w orzecznictwie KIO stanowiska, powinno być spowodowane niezamierzonym działaniem wykonawcy, wynikającym np. z przeoczenia, niedopatrzania itp. Ponadto charakter omyłki nie może być istotny, a jej poprawienie musi być możliwe poprzez samodzielną czynność zamawiającego, Wprowadzone poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego w ofercie oświadczenia woli wykonawcy, a działania zamawiającego w tym zakresie nie mogą prowadzić do negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych zapisów oferty. Wszystkie przywołane okoliczności zachodzą w niniejszej sprawie, a mimo to Zamawiający z naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych zaniechał czynności poprawienia innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, która nie spowodowałaby istotnej zmiany w treści oferty.

Odrzucenie oferty Odwołującego bez zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień co do jej treści oraz bez poprawienia przez Zamawiającego omyłek w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 p.z.p., stanowi naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych. Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach wielokrotnie wskazywała na obowiązek podjęcia przez zamawiającego działań zmierzających do wyjaśnienia treści oferty i poprawienia omyłek. Zamawiający jest zobowiązany do podjęcia w postępowaniu wszelkich dostępnych mu procedur i wykonania czynności umożliwiających wykonawcy wyjaśnienie wątpliwości co do treści złożonej oferty, w szczególności takich, które mogą mieć wpływ na ocenę oferty w postępowaniu. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ewentualnego ustalenia, że dana

oferta nie odpowiada treści SIWZ (tak KIO w wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 64/14). Także w wyroku z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2971/13 podkreślono, że przed uzyskaniem od wykonawcy wyjaśnień w zakresie treści oferty decyzja o odrzuceniu oferty z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie jest możliwa.

Wyrok KIO z dnia 8.11.2010 r., sygn. akt KIO 2317/10 zawiera z kolei istotne podkreślenie, że naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sprowadzają się między innymi do przyjęcia założenia, iż ofertę wykonawcy należy oceniać jako złożoną w dobrej wierze, przygotowaną w sposób racjonalny (co nie wyklucza pewnych dopuszczalnych pomyłek w jej przygotowaniu i złożeniu) i zmierzającą do uzyskania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i w sposób przyjęty i wyrażony przez wykonawcę. W świetle powyższego zamawiający powinien tak interpretować i oceniać oferty wykonawców, aby w ramach obowiązujących przepisów ustawy P.z.p. w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu.

Ze szczególną mocą przywołano wyrok Zespołu Arbitrów przy Prezesie UZP z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-23/06, którego aktualność nie powinna być do dziś kwestionowana. W jego tezach wskazano, że sam fakt nie złożenia wymaganego dokumentu nie może prowadzić do automatycznego uznania, iż oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Do owego stwierdzenia niezbędne jest uznanie, iż oferta rozumiana jako oświadczenie woli realizacji przedmiotu zamówienia na warunkach opisanych w specyfikacji jest w jakiejś części niezgodna z owymi warunkami. Ani z treści specyfikacji, ani z wyjaśnień Zamawiającego złożonych na rozprawie nie wynika, iżby wymagany formularz cenowy stanowił dokument o takiej doniosłości, która uzasadniałaby odrzucenie oferty w przypadku jego braku. Spostrzeżenia Zespołu Arbitrów z pewnością można odnieść także do sytuacji, w której oczekiwany przez Zamawiającego formularz cenowy został do oferty dołączony, lecz w treści nie do końca pokrywającej się z wzorcem opracowanym przez Zamawiającego.

W wyroku z dnia 20,12,2011 r., sygn. akt KIO 2614/11 podniesiono, że wskazać należy, iż niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie

w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami siwz. Treść oferty (zakres zobowiązania) rekonstruowana jest na podstawie całości zawartości oferty odnoszącej się i dookreślającej oferowany zakres świadczenia, sposób jego wykonania, wynagrodzenie... etc.- i jako taka ma być zgodna z treścią siwz.

Zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty oraz zaniechanie poprawienia pomyłek w kolumnie 2 oraz, w przypadku poz. 14.2 w kolumnie 4 Formularza cenowego, doprowadziło w efekcie do naruszania art. 89 ust. 1 pkt. 2 p.z.p. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego pomimo iż, mając na względzie powyższe okoliczności, nie miał on do tego podstaw, bez przeprowadzenia wyjaśnień i dokonania poprawek. Oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ należy dokonywać na podstawie dokumentów składających się na ofertę z uwzględnieniem ewentualnych wyjaśnień.

W przypadku gdyby Zamawiający dopełnił obowiązku poprawienia pomyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, dlatego wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą stoi także w sprzeczności z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Po dokonaniu prawidłowej oceny i badania ofert uwzględniającego wyjaśnienia Odwołującego i dokonane poprawki, bez wątpienia Zamawiający powinien dokonać wyboru Oferty Odwołującego, ponieważ spełniając kryteria SIWZ, złożył on najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Nieracjonalne byłoby złożenie przez jakiegokolwiek wykonawcę oferty niezgodnej ze SIWZ, dlatego Zamawiający powinien sięgać do wyżej przywołanych przepisów w celu usprawnienia postępowania, a przede wszystkim mając na względzie wybór oferty najkorzystniejszej. Niezrozumiałym jest także dlaczego Zamawiający pomimo, że stosował art. 87 ust. 1 p.z.p. i zwracał się o udzielenie wyjaśnień w odniesieniu do innych elementów oferty, nie dokonał tej czynności także w zakresie Formularza cenowego.

Mając całość wyżej zaprezentowanych wywodów na uwadze, żądanie unieważnienia czynności polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze ofert złożonej przez BALCKE-DÜRR POLSKA Sp. z o.o. w Warszawie oraz żądanie nakazania dokonania czynności polegającej na wezwaniu do złożenia przez Odwołującego wyjaśnień co do treści oferty i przede wszystkim żądanie nakazania wykonania czynności polegającej na poprawieniu omyłek w ofercie Odwołującego jest w pełni uzasadnione. Z tych przyczyn, wniesienie odwołania było konieczne, a Odwołujący wnosił o jego uwzględnienie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, stanowisk i oświadczeń

Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, która była najkorzystniejsza cenowo, a dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, co oznaczać może potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego prawidłowo przystąpił wykonawca Balcke-Dürr Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na rozprawie Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie, przedstawiając szczegółową argumentację.

Ustalono, że Odwołujący prawidłowo w odwołaniu przedstawił stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, uznano iż odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji.

Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Dostrzeżenia jednocześnie wymaga, że zastosowanie art. 87 ust.1 ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do rzeczywistej treści oferty, zaś rezultat ma wyjaśniać, a nie zmienić treść oferty, zastosowanie tego przepisu także nie może prowadzić do negocjacji treści oferty. Powyższe wynika przykładowo z wyroku KIO z 25.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1474/14: *„Przepis art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych wyraża ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może bowiem stanowić zmiany oferty, winno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji. Nie będzie dopuszczalna sytuacja, że w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też w wyniku uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy nastąpi zmiana treści oferty.”*

Z kolei, zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi generalnie obowiązek, jeśli istnieją ku temu stosowne podstawy w danym stanie faktycznym.

Należy wskazać, za wyrokiem KIO z 23.01.2013 r., sygn. akt: KIO 27/13, że: *„Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1516/08). Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Na uwagę zasługuje fakt, iż uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu*

Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09). Niewątpliwie treść oferty zawiera istotne postanowienia, które zawierać będzie umowa czyli w szczególności postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia i ceny, ale oczywiście katalog ten jest otwarty i nie ma możliwości jego jednoznacznego zdefiniowania (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11516/08; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 marca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 246/09).”.

Niewątpliwie podkreślić należy, że art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie stanowi narzędzia do – naprawiania – „błędnie” złożonych ofert, lecz stanowi podstawę poprawy omyłek, której to poprawy może dokonać Zamawiający, a znaczenie tych poprawek dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) przez Wykonawcę w kontekście SIWZ nie będzie istotne (porównaj: wyrok KIO z 26.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 157/09, sygn. akt: KIO/UZP 159/09, sygn. akt: KIO/UZP 174/09; wyrok KIO z 22.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1278/09; wyrok KIO z 18.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 779/10).

W ocenie składu orzekającego Izby, dopuszczalne jest wzywianie do wyjaśnień - jako poprzedzenie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pod warunkiem, że nie prowadzi to do wykreowania nowej treści oferty, a wyjaśnienie będzie dotyczyło tego, co już jest w treści oferty zawarte. Może się bowiem zdarzyć, że Zamawiający nie dostrzega tego, co oferta już zawiera, nie umie w sposób prawidłowy odczytać intencji wykonawcy. Takie stanowisko znajduje również oparcie w wyroku Sądu Okręgowego w Suwałkach z 06.03.2009 r., sygn. akt: I Ca 27/09, który dopuszcza wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w kontekście art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W tym zakresie, Izba przywołuje także wyrok KIO z 30.01.2013, sygn. akt: KIO 2866/12, KIO 2869/12, KIO 2873/12: *„Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialiae negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić*

z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r. o sygn. akt KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r. o sygn. akt KIO 2813/12).”.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, iż z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, która w sposób istotny wpływałaby na treść tej oferty nie mamy do czynienia, a więc podjęta przez Zamawiającego decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego była nieprawidłowa.

Zgodnie z rozdziałem „Opis sposobu obliczenia ceny” (pkt 4.2.3.4) wykonawca miał sporządzić i przedstawić w ofercie kalkulację ceny według wymogów określonych w Formularzu cenowym, którego wzór stanowił załącznik nr 1 do Formularza Oferty. Kalkulacja cenowa winna być sporządzona w oparciu o wykaz prac określony w załączniku nr 2 do umowy. A zatem to właśnie załącznik nr 2 do umowy zawierał wykaz prac, który objęty jest zamówieniem i to ten załącznik decydował o zakresie przedmiotowym zamówienia. Jeżeli zaś, jak twierdził Przystępujący, załącznik nr 2 pokrywał się z treścią tabeli formularza cenowego, to niemożliwym będzie realizowanie zamówienia w innym ujęciu, niż wynika to z tych dwóch łącznie interpretowanych dokumentów. Nie umniejszając roli formularza cenowego jako podstawowego dokumentu w postępowaniu oraz na etapie rozliczania umowy między jej stronami, nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego i Przystępującego, że wszelkie i jakiegokolwiek nieścisłości w tym formularzu w ofercie wykonawcy, z góry skazywały daną ofertę na dyskwalifikację przy ocenie. W ocenie składu orzekającego niezgodności treści oferty wskazane w decyzji o wyniku postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego nie mają charakteru tak zasadniczego i nieusuwalnego, że nie jest możliwe zastosowanie wobec nich art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwzględnieniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaistnieje taka konieczność. Przy użyciu wspomnianych regulacji prawnych, zdaniem Izby, nie dojdzie do negocjacji między Zamawiającym a Wykonawcą w celu ustalenia rzeczywistej treści oferty Odwołującego.

W przypadku pozycji 2.6. i 8.6. Odwołujący w opisie pozycji pominął wyraz „dostawa”, zaś Przystępujący z powyższego faktu wywodzi, że Odwołujący zaniechał uwzględnienia w kalkulacji cenowej kosztów dostawy. Podkreślić należy, iż Przystępujący na poparcie przedmiotowej tezy nie przedstawił jakiegokolwiek dowodów, nie wskazał nawet, że cena tych

pozycji tak znacząco różni się od ceny w innych ofertach, że obawa ta jest choć uzasadniona. Na taką okoliczność nie powoływał się także Zamawiający. Z czysto praktycznego punktu widzenia zauważyć należy, że skoro Odwołujący ujął w danej pozycji montaż określonych urządzeń, to siłą rzeczy dane urządzenia muszą być przez Wykonawcę dostarczone, skoro nie dostarcza ich na przykład strona zamawiająca. Nie przedstawiono żadnych wiarygodnych informacji przemawiających za okolicznością zmiany zakresu przedmiotu świadczenia w ofercie Odwołującego, czy też niewycenienia samego przedmiotu dostawy. Tak jak w przypadku oferty Przystępującego, gdzie w pozycji 2.6 wykonawca pominął słowo „dostawa”, a Zamawiający nie uznał tej omyłki za błąd, ponieważ w innej pozycji dwukrotnie użyto słowa „demontaż”, tak również w ofercie Odwołującego pominięcie słowa „dostawa” nie jest w ocenie składu Izby błędem świadczącym o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Ofertę Odwołującego w przedmiotowych pozycjach należało więc skorygować w ten sposób, aby opis danej pozycji z oferty odpowiadał opisowi z wzoru formularza.

W punkcie 6.1. oraz 12.1. Odwołujący w opisie pozycji dopisał „zgodnie z założeniami pkt 6.3”. Nadmienić jednakże należy, iż nie istniały żadne dodatkowe założenia ujęte w punkcie 6.3 ani w ofercie Wykonawcy, ani w SIWZ. Jedyna więc niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ polega na odwołaniu się do nieistniejących dodatkowych założeń. Trudno uznać taką omyłkę za istotną z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia. Zatem zdanie „zgodnie z założeniami pkt 6.3” należało wykreślić z opisu pozycji w kolumnie drugiej.

Nieścisłość w punkcie 8.1. miała polegać na pominięciu wykonania izolacji dachu, podczas gdy w ocenie Izby ta nieścisłość polega na zmianie szyku wyrazów w zdaniu, który w żaden sposób nie będzie wpływał na zakres realizacji świadczenia wynikającego z umowy. Nie można zgodzić się z Przystępującym, że Odwołujący pominął lub nie wycenił wykonania izolacji dachu, za to dodał izolację blachownic. Równie dobrze można stwierdzić, że wyrażenie „wraz z izolacją” odnosi się tak do dachu, jak i blachownic. To oznacza, że Odwołujący zaproponował nawet więcej, niż wymagał Zamawiający.

Odnośnie punktu 14.2 1, Zamawiający mógł w oczywisty sposób dokonać dostosowania podanych ilości do prawidłowych, dlatego, iż liczba wpisana w kolumnie 4 „ilość” wynosi 40, a jednostka miary to metr bieżący, co odpowiada podanej w kolumnie 2 nazwie pozycji „Demontaż kabli w szafir SPZ3 zasilającym 9SG1, SCI, CS2 o przekroju 4x4 mm² i długości w sumie ok. 40 mb”. Nie można zatem twierdzić, że Odwołujący dokonał zmian ilościowych, skoro zaoferowana cena odnosiła się do całości pozycji 14.2 i obejmowała wskazaną w niej ilość (40 mb). Podobnie wyglądać powinna poprawa pozycji 8.5. i 8.6., gdzie w ofercie wpisać należy prawidłową liczbę blachownic (4 zamiast 2).

Poprawa punktu 17.19. winna odbyć się w ten sposób, że należy dostosować treść tego punktu do treści narzuconej przez Zamawiającego we wzorze formularza. Nawet gdyby uznać, że w tym przypadku Odwołujący wprowadził nową treść, nie pożądaną przez Zamawiającego, to dostrzec należy, iż cena za daną pozycję wynosi 1 600 zł netto. Ani Zamawiający, ani Przystępujący nie wskazywali, że cena ta nie odpowiada rzeczywistym kosztom za wykonanie prac z danej pozycji wynikających. Dokonanie modyfikacji formularza cenowego w ofercie Odwołującego w sposób przedstawiony powyżej mało będzie więc znikomy wpływ na cenę oferty, a tym samym taką zmianę należy uznać za nieistotną z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i treści oferty i dopuszczalną w świetle postanowień art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się. Skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący udowodnił tezy zaprezentowane w odwołaniu a jego oferta została w sposób nieprawidłowy z postępowania odrzucona. W postępowaniu doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W prowadzonym postępowaniu nie uczyniono zadość przestrzeganiu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Powyższe prowadzi także do wniosku, że w postępowaniu naruszono art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ nieprawidłowo określono (wskazano) ofertę najkorzystniejszą.

Na marginesie, w zakresie argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, co oznacza, że jego oferta i tak nie zostałaby wybrana, dostrzeżenia wymaga, że informacja ta w żaden sposób nie znalazła odzwierciedlenia w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Niewątpliwie, zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający zwolniony jest z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, jeżeli stwierdzi w ofercie inne błędy, które kwalifikują daną ofertę do odrzucenia. W takiej sytuacji jednak wiedza ta i stanowisko Zamawiającego winny być klarownie przekazane wykonawcy, aby przy pomocy środków ochrony prawnej mógł on podjęte decyzje zakwestionować. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego odnosił się jedynie do sfery przedmiotowej oferty, nie wskazując na żadne uchybienia natury podmiotowej przez wykonawcę. Nawet jeżeli więc takie uchybienia mają miejsce, to nie mogą być one poddane ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Odwołującej.

Przewodniczący: