

WYROK
z dnia 22 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:	Anna Packo
Członkowie:	Aleksandra Patyk Irmina Pawlik
Protokolant:	Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

ZUE Spółkę akcyjną z siedzibą w Krakowie oraz Elkol Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Elektrownię Ostrołęka Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TORPOL Spółki Akcyjnej z siedzibą w Poznaniu oraz Zakłady Automatyki KOMBUD Spółki Akcyjnej z siedzibą w Radomiu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje **Elektrowni Ostrołęka Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL Spółka Akcyjna oraz Zakłady Automatyki KOMBUD Spółka Akcyjna** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża **Elektrownię Ostrołęka Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZUE Spółkę akcyjną oraz Elkol Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Elektrowni Ostrołęka Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz ZUE Spółki akcyjnej oraz Elkol Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Elektrownia Ostrołęka Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę układu infrastruktury kolejowej dla obsługi Elektrowni Ostrołęka C” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), w trybie dialogu konkurencyjnego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 12 kwietnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 071-158078. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ZUE S.A. i ELKOL Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Torpol S.A. i Zakłady Automatyki „KOMBUD” S.A., zwanych dalej „konsorcjum TORPOL”, pomimo faktu, iż oferta tego wykonawcy jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w szczególności wystąpiła niezgodność przedłożonych do oferty dokumentów, tj. Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (HRF) oraz Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO), co zgodnie z treścią załącznika nr 2 pkt 7 do Instrukcji Dla Wykonawców (IDW) powinno skutkować odrzuceniem oferty konsorcjum TORPOL, co jednocześnie stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum TORPOL pomimo faktu, iż oferta tego wykonawcy jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w szczególności w związku z faktem, że Harmonogram Rzeczowo-Finansowy został sporządzony z naruszeniem § 2 ust. 2, § 2 ust. 3 tomu II SIWZ – Warunków Umowy (WU) i dopuszczał rozpoczęcie wykonania prac określonych w części 700 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (Instalacje Sanitarne – Kamień Miłowy 701.1 Instalacje gazowe, 701.2 Instalacje kanalizacyjne, 701.3 Instalacje wodne) 12 grudnia 2018 r., tj. przed datą zawarcia umowy oraz przed NTP (Polecenie Rozpoczęcia Prac wydawane przez Zamawiającego), co jednocześnie stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności procesowej: art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie poprawienia oferty złożonej przez konsorcjum TORPOL w zakresie omyłek polegających na niezgodności oferty konsorcjum TORPOL ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

4. w konsekwencji – naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wybór konsorcjum TORPOL niezgodnie z przepisami ustawy i w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, a wybrana powinna zostać oferta Odwołującego, która, po odrzuceniu oferty konsorcjum TORPOL, jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum TORPOL jako oferty najkorzystniejszej i dokonania ponownej oceny i badania ofert oraz odrzucenia oferty konsorcjum TORPOL i nakazania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, a także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest realizacja w formule „pod klucz” zadania przebudowy układu infrastruktury kolejowej dla obsługi Elektrowni Ostrołęka C obejmująca m.in. zaprojektowanie, przygotowanie dokumentacji do zmiany pozwolenia na budowę i uzyskanie ostatecznego pozwolenia zamiennego na budowę (jeśli konieczne), dostawy, roboty budowlane, montaż, uruchomienie, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, przekazanie do eksploatacji, szkolenie personelu, a także wykonanie niezbędnego przygotowania terenu. Oferty w postępowaniu złożył Odwołujący, konsorcjum TORPOL oraz Budimex S.A.

Wraz z ofertą wykonawcy mieli złożyć m.in. Harmonogram Rzeczowo-Finansowy, który miał być przygotowany zgodnie z treścią załącznika nr 2 do IDW (zgodnie z punktem 8.3.2 IDW) oraz Rozbicie Ceny Ofertowej, tj. wypełniony załącznik nr IV.1 do tomu IV SIWZ – RCO (pkt 8.3.3 IDW). Wykonawcy tym samym byli zobowiązani do wypełnienia HRF i RCO zgodnie z treścią ww. dokumentów.

Jednym z załączników do oferty, pokazującym treść świadczenia wykonawcy (w tym terminy, w jakich miało nastąpić wykonanie poszczególnych prac, tzw. kamieni milowych) był Harmonogram Rzeczowo-Finansowy. W harmonogramie tym, oprócz poszczególnych kamieni milowych (dat ich rozpoczęcia oraz zakończenia) wykonawcy uzupełniali także datę wydania przez Zamawiającego Polecenia Rozpoczęcia Prac (NTP), która to data na potrzeby HRF miała być tożsama z zakładaną datą zawarcia umowy oraz datą zakończenia prac (odpowiednio pozycje 1, 2 i 75 HRF).

W § 2 ust. 2 tomu II SIWZ – WU wskazano, że „wykonawca rozpocznie realizację Umowy niezwłocznie po otrzymaniu od Zamawiającego pisemnego NTP”. Jednocześnie umowa przewidywała, że NTP będzie wydane najpóźniej w terminie 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Jednak na potrzeby ustalenia HRF Zamawiający zażądał (pkt 5 zał. nr 2 do IDW „Wymagania dotyczące przygotowania Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego”), aby data NTP była zrównana z datą zawarcia umowy („Na potrzeby HRF należy przyjąć, że polecenie NTP zostanie wydane w dniu podpisania Umowy”). W § 2 ust. 3 WU Zamawiający wskazał, że „w okresie od dnia zawarcia Umowy do dnia wystawienia NTP, Zamawiający dopuszcza możliwość realizowania przez Wykonawcę Prac w ramach Kamienia Milowego 001 *Projekty wykonawcze i ewentualne projekty budowlane zamiennie*, jeśli Wykonawca wskazał realizację Kamienia Milowego 001 przed wydaniem NTP w HRF załączonym do Oferty Wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest do uprzedniego poinformowania Zamawiającego w formie pisemnej o zamiarze, terminie, zakresie oraz koszcie Prac w ramach Kamienia Milowego 001, których Wykonawca zamierza się podjąć”.

Z powyższego wynika, że możliwość wcześniejszego wykonywania prac (po dacie zawarcia umowy, a przed datą NTP) na etapie tworzenia HRF została ograniczona wyłącznie do prac projektowych (tj. kamień milowy 001). Jednocześnie, aby było to w odniesieniu do prac projektowych możliwe, Zamawiający wymagał, aby odpowiednia informacja w tym zakresie została już wskazana w HRF.

Konsorcjum TORPOL w HRF wskazało, że pewne prace zamierza rozpocząć przed NTP, nie były to jednak prace przewidziane § 2 ust. 3 Umowy, a więc prace projektowe, tylko prace dotyczące instalacji sanitarnych (poz. 59-62 HRF) – przy dacie NTP określonej na 2 stycznia 2019 r. wskazało bowiem, że przedmiotowe prace instalacyjne rozpocznie od 12 grudnia 2018 r., co wskazuje jednoznacznie na naruszenie § 2 ust. 2 tomu II SIWZ WU, gdzie wskazano, że „Wykonawca rozpocznie realizację Umowy niezwłocznie po otrzymaniu od Zamawiającego pisemnego NTP”, a więc sprzeczność oferty z postanowieniami SIWZ.

HRF, wskazując terminy realizacyjne poszczególnych prac, jest elementem merytorycznym oferty, a z dochowania okresu wykonywania poszczególnych prac (kamieni milowych) wykonawca będzie rozliczany przez Zamawiającego (w szczególności są one podstawą dokonania przez Zamawiającego płatności częściowych). Termin realizacji prac, podobnie jak cena, jest istotnym elementem zobowiązania, jakie zaciąga wykonawca względem Zamawiającego.

Zgodnie z punktem 7. załącznika nr 2 do IDW „niezgodność HRF z RCO, w szczególności co do ilości i rodzaju Kamieni Milowych, spowoduje odrzucenie oferty Wykonawcy z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP”. Zamawiający wskazał zatem jednoznacznie, że dany przypadek niezgodności HRF z RCO wywrze skutek przewidziany w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednym

z dokumentów składających się na RCO był dokument przedstawiający „Planowaną realizację Kamieni Milowych w odniesieniu do okresów rozliczeniowych wraz z podsumowaniem”, dalej nazywany Dokumentem Rozliczeniowym. Miał on przedstawiać, w których okresach rozliczeniowych wykonawca będzie fakturował dany zakres prac. Zadanie zostało podzielone na osiemnaście (I–XVIII) okresów rozliczeniowych, co jest związane z faktem, że § 4 ust. 9 WU wskazuje, że wykonawca będzie wystawiał faktury nie częściej niż raz na dwa miesiące „po zakończeniu pełnego etapu prac, zgodnie z Kamieniem Milowym przedstawionym w HRF i RCO” (przy 36-miesięcznym okresie realizacji).

Dokumenty HRF i RCO powinny być ze sobą zgodne. W przypadku oferty konsorcjum TORPOL dane przedstawione w obu dokumentach są wzajemnie sprzeczne. W 31 z 60 kamieni milowych okresy realizacji podane w HRF miałyby być rozliczane w innych datach, w tym w datach wcześniejszych niż data zakończenia wykonywania danego etapu prac (i to pomimo stwierdzenia, że prace powinny być fakturowane po całkowitym ukończeniu danego kamienia milowego).

Zgodnie z HRF konsorcjum TORPOL wskazało rozpoczęcie wykonywania prac (NTP i datę zawarcia umowy) na 2 stycznia 2019 r. i zakończenie prac na 2 stycznia 2022 r. Przy 18 okresach rozliczeniowych 1. okres rozliczeniowy odnosi się generalnie do prac realizowanych od 2 stycznia do 1 marca, 2. okres rozliczeniowy do prac od 2 marca do 1 maja itd. W ofercie konsorcjum TORPOL KM 201.1 (Wykonanie infrastruktury kablowej) zgodnie z HRF ma być zakończony 27 grudnia 2021 r., a więc fakturowanie powinno nastąpić w XVIII okresie rozliczeniowym, podczas gdy w Dokumencie Rozliczeniowym rozliczenie KM 201.1 następuje w XVI okresie rozliczeniowym (lipiec – sierpień 2021 r.), a więc na przynajmniej 4 miesiące przed terminem wykonania wynikającym z HRF. Podobnie KM 201.2 (Dostawa i montaż urządzeń zewnętrznych SRK) – termin wynikający z HRF to 27 grudnia 2021 r., co by wskazywało na XVIII okres rozliczeniowy, podczas gdy Dokument Rozliczeniowy wskazuje na XVI okres rozliczeniowy; KM 354.1 (Wykonanie instalacji elektrycznej nastawni kolejowej wraz z zabudową tablic bezpiecznikowych) – termin wykonania wedle HRF to 4 maja 2020 r., co by wskazywało na IX okres rozliczeniowy, podczas gdy Dokument Rozliczeniowy wskazuje na VII okres rozliczeniowy; KM 355.1 (Wykonanie instalacji elektrycznej motowozowni wraz z zabudową tablic) – termin wykonania wg HRF to 28 października 2020 r., co by wskazywało na XI okres rozliczeniowy, podczas gdy Dokument Rozliczeniowy wskazuje na VIII okres rozliczeniowy; KM 402.1 (Montaż okablowania) – termin wedle HRF to 28 października 2020 r., a więc XI okres rozliczeniowy, podczas gdy Dokument Rozliczeniowy wskazuje na VIII okres rozliczeniowy; KM 501.3 (Wymagany termin wykonania torów bocznicowych 401-407) – termin wg HRF to 27 września 2021 r., a więc XVII okres rozliczeniowy, podczas gdy w Dokumencie Rozliczeniowym wskazany jest XV okres rozliczeniowy. Takie same sprzeczności występują

w sumie w 31 kamieniach milowych, dotycząc również: KM 101.1 (Roboty Fundamentowe i przygotowawcze, Roboty murowe ścian i stropów), KM 101.2 (Roboty dekarские, elewacyjne, montaż stolarki okiennej i drzwiowej, roboty instalacji wew. i przyłącza), KM 102.2 (Roboty dekarские, elewacyjne, montaż stolarki okiennej i drzwiowej, roboty instalacji wew. i przyłącza), KM 201.3 (Dostawa i montaż urządzeń wewnętrznych), KM 201.4 (Włączenie i uruchomienie urządzeń zewnętrznych SRK znajdujących się na bloku), KM 301.3 (Rozbiórka i budowa nowej sieci trakcyjnej dla pozostałego zakresu), KM 302.1 (Montaż i uruchomienie urządzeń sterowania odłącznikami sieci trakcyjnej wraz z ułożeniem infrastruktury kablowej), KM 351.1 (Goworki I – dostawa, zabudowa oraz uruchomienie stacji prefabrykowanej wraz z infrastrukturą kablową), KM 351.2 (Goworki II – dostawa, zabudowa oraz uruchomienie stacji prefabrykowanej wraz z infrastrukturą kablową), KM 352.1 (Montaż układów zasilania dla sieci nN), KM 353.1 (Wykonanie infrastruktury kablowej dla oświetlenia, dostawa, montaż i uruchomienie słupów oświetleniowych), KM 353.1 (Wykonanie infrastruktury kablowej dla EOR, dostawa, montaż i uruchomienie), KM 401.1 (Układanie kabli wraz z robotami ziemnymi), KM 401.2 (Montaż urządzeń techniki), KM 401.3 (Montaż urządzeń monitoringu), KM 402.2 (Montaż urządzeń teletechniki), KM 501.2 (Wymagany termin zabudowy rozjazdu nr 551...), KM 501.4 (Pozostałe odcinki torów), KM 502.1 (Przejazd w km 1.031...), KM 502.2 (Przejazd w km 2.797...), KM 502.3 (Likwidacja przejazdów), KM 801.1 (Roboty przygotowawcze, roboty ziemne), KM 801.2 (Przebudowy nawierzchni, elementy dróg i ulic), KM 801.3 (Urządzenia bezpieczeństwa ruchu, zieleń i prace wykończeniowe) oraz KM 802.3 (Urządzenia bezpieczeństwa ruchu, zieleń i prace wykończeniowe).

W każdym z tych przypadków zachodzi sprzeczność danych ujętych w HRF ze wskazanymi w RCO, co, wedle wyraźnego oświadczenia Zamawiającego ujętego w SIWZ, rodzi konieczność odrzucenia oferty.

W niniejszej sprawie nie ma możliwości dokonania poprawy przez Zamawiającego dokumentów RCO lub HRF w oparciu o treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przede wszystkim nie można byłoby uznać, że zmiana taka nie jest istotna, skoro odnosi się do ponad połowy przypadków określenia kamieni milowych, odnosi się do istoty oferty danego wykonawcy – terminów realizacji, stanowiąc jednocześnie podstawę do wzajemnych rozliczeń pomiędzy stronami kontraktu. Nie wiadomo też, jak należałoby poprawić te zawierające sprzeczności dokumenty, tj. czy Zamawiający miałby poprawić HRF celem dostosowania go do terminów rozliczenia wynikających z RCO (skracając w ten sposób terminy wykonania kamieni milowych i istotnie zmieniając ofertę), może też poprawić RCO, aby odzwierciedlał postanowienia HRF.

Przyjęcie drugiego rozwiązania (a więc dostosowania RCO do treści HRF) wydaje się przy tym sprzeczne z treścią § 1 ust. 10 tomu II SIWZ – WU, który wskazuje na hierarchię

dokumentów, a gdzie wskazano, że RCO (a więc i stanowiący jego integralną część Dokument Rozliczeniowy) jest „powyżej” HRF (RCO jest pod literą d, a HRF pod literą e).

W konsekwencji Zamawiający nie mógłby dokonać poprawy w ten sposób, że uznałby konkretne terminy z HRF za „ważniejsze” i uznać w ten sposób, że okresy rozliczeniowe w RCO są błędne. Wykonawcy, składając ofertę, wskazują jednocześnie na pełną akceptację postanowień SIWZ, zatem wykonawca podał również, że w przypadku rozbieżności pomiędzy RCO a HRF należy stosować RCO, a więc istotnie skrócić terminy realizacyjne.

Tak więc Zamawiającemu pozostawałaby jedynie możliwość dostosowania niższego w hierarchii HRF do wyższego RCO. Jednak jest to niemożliwe, gdyż w takiej sytuacji Zamawiający zastępowałby wykonawcę podejmując za niego określone decyzje. Terminy w HRF są określone dziennie (końcowy termin zakończenia danego kamienia milowego), a w RCO ujęte są dwumiesięczne okresy rozliczeniowe. Gdybyśmy uznać, że istnieje po stronie Zamawiającego możliwość zmiany terminów wynikających z HRF, aby były one zgodne z RCO, musiałby on zdecydować, w którym dniu z danego okresu rozliczeniowego prace miałyby się zakończyć, np. KM 402.1 data zakończenia w HRF to 28 października 2020 r., podczas gdy RCO wskazuje na VIII okres rozliczeniowy, a więc okres marca i kwietnia 2020 r. Zmiana polegałaby zatem na wyborze jednego dnia z tego okresu, przy czym na etapie zmiany Zamawiający wie jedynie, że termin wynikający z HRF jest nieprawidłowy, a prace powinny zakończyć się w jakimś dniu z dwumiesięcznego okresu rozliczeniowego wynikającego z RCO. Zatem zmiana polegałaby na wytworzeniu nowej treści oświadczenia woli, a działanie Zamawiającego byłoby zastąpieniem wykonawcy w jego decyzji, uwzględniając w tym wszystkie założenia, jakie czynił wykonawca tworząc HRF (np. liczbę dni świątecznych przypadających w danym okresie realizacji prac – dla każdego jest czymś oczywistym okoliczność, że w danym okresie). Analogicznie inaczej planuje się długość prac w miesiącach zimowych niż w letnich. Nie ma zatem możliwości także z tego powodu łatwego (samodzielnego) zdecydowania, jak stworzyć HRF przy wykorzystaniu ogólnego RCO.

Ponadto ustawy podatkowe nakazują wystawienie faktury (dokonanie rozliczenia) w określonym terminie. W przypadku robót budowlanych wykonawca może wystawić fakturę w terminie 30 dni od dnia wykonania pracy. W konsekwencji mogłoby się okazać, że w sytuacji, gdy konsorcjum TORPOL w RCO wskazało datę rozliczenia na XVI okres rozliczeniowy, w rzeczywistości prace chciało zakończyć pod koniec okresu rozliczeniowego XV, a rozliczenie w XVI jest wynikiem przepisów umożliwiających wystawienie faktury w terminie 30 dni po zakończeniu danego zakresu prac.

Wątpliwe jest też, czy poprawa ponad 50% terminów realizacyjnych nie jest zmianą istotną (kwestię istotności należy rozstrzygać „pod warunkiem ograniczenia zakresowego,

ilościowego czy jakościowego tego typu zmian”), a także utrwalone jest w orzecznictwie stanowisko, iż niedopuszczalne jest poprawienie treści oferty w tych sytuacjach, gdy Zamawiający musiałby zastępować wykonawcę w jego decyzjach. Wskazuje się bowiem, że „oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Nie można zatem oczekiwać, że oferta będzie kształtowana w wyniku poprawy błędów i braków, jakie miały miejsce w momencie jej złożenia...” (sygn. KIO 1598/18). Zamawiający nie ma prawa do poprawienia oświadczenia woli wykonawcy w sytuacjach, gdy musiałby samodzielnie podejmować określone decyzje. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. 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. W szczególności przy zmianie oferowanego świadczenia zamawiający nie może polegać tylko na oświadczeniu wykonawcy, w jaki sposób jego ofertę należy poprawić, bez dodatkowych, niejako obiektywnych, przesłanek w tym zakresie. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności (KIO 478/13). „Inna omyłka niepowodująca istotnej zmiany w treści złożonej oferty, to taka, która może być poprawiona przez zamawiającego samodzielnie, w oparciu o postanowienia SIWZ i treść oferty. Uzgadnianie nowej treści oświadczenia wykonawcy zawartego w złożonej ofercie prowadzi natomiast wprost do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 87 ust. 1, a także art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych” (KIO 1808/17).

Zatem w niniejszej sprawie poprawienie przez Zamawiającego niezgodności HRF i RCO byłoby niemożliwe. Tym samym oferta konsorcjum TORPOL powinna zostać odrzucona. Zamawiający musiałby bowiem w istocie zastąpić wykonawcę, tworząc w ten sposób nową jakość w odniesieniu do elementów przedmiotowo istotnych oferty, tj. terminów realizacji prac.

Zamawiający widział już te problemy na etapie tworzenia SIWZ, gdzie wskazał jednoznacznie, że „niezgodność HRF z RCO, w szczególności co do ilości i rodzaju Kamieni Milowych, spowoduje odrzucenie oferty Wykonawcy z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP”. W konsekwencji zmiana treści oferty stałaby w sprzeczności z wyraźnie i precyzyjnie wskazanym w SIWZ stanowiskiem Zamawiającego, który z góry zauważył niemożliwość w takiej sytuacji dostosowania obu dokumentów i wyraźnie przestrzegł wykonawców przed tym, aby w dokumentach tych znalazły się takie błędy.

Powyżej opisane okoliczności wskazują jednocześnie na naruszenie przez Zamawiającego zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc naruszenia obliwu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 jako bezzasadnego oraz umorzenie postępowania w zakresie zarzutu nr 2 i 3, które wskutek alternatywnego sformułowania w odwołaniu zostały przez Zamawiającego uwzględnione w ten sposób, że Zamawiający poprawił nieistotne omyłki w ofercie i wezwał wykonawcę do wyrażenia zgody i zgoda ta została wyrażona. Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stał się bezprzedmiotowy, a uwzględnienie jednego z dwóch alternatywnie sformułowanych zarzutów jest uwzględnieniem odwołania w tym zakresie, gdyż sformułowana przez Odwołującego alternatywa pozostawia ze swej istoty wybór Zamawiającemu co do sposobu postępowania z odwołaniem w objętym alternatywą zakresie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego terminu rozpoczęcia prac w zakresie instalacji sanitarnych (poz. 59-62 HRF), Zamawiający podkreślił, że nie ma podstaw do stawiania tezy o niezgodności oferty z SIWZ, ponieważ żaden zapis SIWZ nie wyłączał prawa wykonawców do tego, aby prognozować w HRF możliwość wykonywania pewnych prac, zanim Zamawiający wyda polecenie ich rozpoczęcia (NTP).

Zdaniem Odwołującego Przystępujący, określając termin rozpoczęcia prac w zakresie branży sanitarnej blisko trzy tygodnie przed zakładanym terminem wydania NTP, postąpił niezgodnie z SIWZ, a w szczególności z przytoczonymi w odwołaniu postanowieniami wzoru umowy. Argumentacja Odwołującego charakteryzuje się wybiórczym traktowaniem zapisów umowy, co jest sprzeczne z zasadami logiki i przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 140 ust. 1, który określa, iż zakres umowy jest tożsamy z treścią oferty, a ta jest tworzona w oparciu o całościowe brzmienie SIWZ i jego załączników), a także Kodeksu cywilnego (w tym art. 65 § 2). Należy zatem traktować wnioski, jakie wysnuł Odwołujący, jako niezgodne z literalnym brzmieniem wzoru umowy i jej sensem.

Cytowane postanowienie § 2 ust. 3 wzoru umowy: „W okresie od dnia zawarcia Umowy do dnia wystawienia NTP, Zamawiający dopuszcza możliwość realizowania przez Wykonawcę Prac w ramach Kamienia Milowego 001 *Projekty wykonawcze i ewentualne projekty budowlane zamienne*, jeśli Wykonawca wskazał realizację Kamienia Milowego 001 przed wydaniem NTP w HRF załączonym do Oferty Wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest do uprzedniego poinformowania Zamawiającego w formie pisemnej o zamiarze, terminie, zakresie oraz koszcie Prac w ramach Kamienia Milowego 001, których Wykonawca zamierza

się podjąć” nie zakazuje wykonywania przed wydaniem NTP innych prac niż przewidziane do realizacji w ramach Kamienia Milowego 001. Potwierdza to brzmienie § 2 ust. 4 i 5 wzoru umowy: „Wykonywanie przez Wykonawcę Prac innych niż Prace w ramach Kamienia Milowego 001 jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu pisemnej zgody Zamawiającego i pod warunkiem zobowiązania do realizacji pełnego zakresu Kamienia Milowego. Wniosek o wydanie zgody musi wskazywać termin, zakres oraz koszt planowanych Prac. W przypadku wykonywania przez Wykonawcę jakichkolwiek Prac przed wydaniem NTP Wykonawca jest zobowiązany do przestrzegania odpowiednich postanowień Umowy, w szczególności dokonywać odpowiedniego informowania Zamawiającego, bądź uzyskiwać jego zgodę.”

Poza tymi postanowieniami wzór umowy nie zawiera postanowień dotyczących rozpoczęcia realizacji prac w ramach KM, ani nie określa żadnych sankcji za rozpoczęcie takich prac wcześniej niż dzień wydania NTP. Z powyższych klauzul wynika jedynie to, że przyjęty przez Przystępującego termin rozpoczęcia prac 12 grudnia 2018 r. (a więc wcześniejszy o niecałe trzy tygodnie od zakładanego terminu NTP) stanowi ryzyko Przystępującego, iż Zamawiający nie wyrazi zgody na rozpoczęcie realizacji prac w branży sanitarnej z takim trzytygodniowym wyprzedzeniem. To zaś musiałoby skutkować tym, że wykonawca miałby o trzy tygodnie czasu mniej na realizację prac z branży sanitarnej, a nie o niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ.

Nie da się nie zauważyć, iż celem zapisów § 2 ust. 3, 4, 5, 13 WU, a także zastrzeżenie konieczności uzyskania zgody na realizację prac przed wydaniem NTP, jest zabezpieczenie Zamawiającego przed roszczeniami z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia w przypadku samowolnej realizacji prac przez wykonawcę. Widać to szczególnie w kontekście szczegółowego postanowienia § 2 ust. 13, dotyczącego zgody Zamawiającego na ograniczoną odpłatność za wykonanie projektów. Nie było celem Zamawiającego uniemożliwienie prowadzenia prac przygotowawczych do wykonania robót czy też planowania organizacji prac przed wydaniem NTP.

Postępowanie toczy się w trybie zaprojektuj i wybuduj. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przygotowanie projektów przed rozpoczęciem prac budowlanych. Jest zatem oczywiste, iż rozpoczęcie właściwych robót budowlanych, a w szczególności tych z branży sanitarnej (instalacje, sieci gazowe, kanalizacyjne, wodne) przed wykonaniem projektu nie jest możliwe. Nie oznacza to jednak, że wykonawca, przygotowując ofertę, nie mógł zakładać, iż w ramach tego KM nie dokona pewnych prac przygotowawczych z zakresu branży sanitarnej, które nie wymagają nawet zgody Zamawiającego, np. zakup lub transport rur koniecznych do wbudowania w grunt. Jakkolwiek bowiem nazwa KM 701.1, 701.2, 701.3 posługuje się zwrotem „instalacje” sanitarne, to już w PFU jest mowa również o sieci wodociągowej, kanalizacyjnej i gazowej, których realizacja rozpocznie się zapewne

w początkowej fazie robót (tak też wynika z HRF Przystępującego) z racji np. konieczności wbudowania w ziemię rur. Wykonanie tych prac wymaga zamówienia materiałów budowlanych i ich przywiezienia w okolice terenu budowy. Zamawiający założył, iż ten krótki okres (trzytygodniowy) może dotyczyć właśnie organizacji, czy też przygotowania pewnych prac niewymagających nawet zgody Zamawiającego, gdyż Zamawiający może o nich nawet nie wiedzieć. W takim kontekście wcześniejsze podjęcie działań przez wykonawcę należałoby rozpatrywać pozytywnie jako dbałość o realizację zamówienia. Takie ukształtowanie HRF w zakresie rozpoczęcia prac w branży sanitarnej w żadnym przypadku nie może być interpretowane jako niezgodność z SIWZ (w tym ze wzorem umowy). Zamawiający nie wyjaśniał tej kwestii w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jest ona bez znaczenia w kontekście badania zgodności oferty z SIWZ. Zamawiający nie narzucał (oprócz KM 501.2, którego nie dotyczy zarzut odwołania) terminów wykonania poszczególnych Kamieni Milowych, ani też nie określał terminu wydania NTP (każdy wykonawca mógł ten termin ustalić dowolnie), w związku z czym także pod tym kątem nie można mówić o niezgodności przyjętego rozpoczęcia prac w branży sanitarnej jako niezgodności oferty z postanowieniami SIWZ. Wypada też zauważyć, że treść HRF załączonego do oferty nie miała być ostateczną wersją tego dokumentu, ponieważ § 3 ust. 12 wzoru umowy przewidywał, iż: „W terminie 3 (trzech) dni od wydania NTP Wykonawca przedłoży Zamawiającemu skorygowany HRF oraz Wykonawca będzie przedkładał skorygowany (aktualny) HRF (w wersji elektronicznej i papierowej 2 (dwa) egzemplarze), kiedykolwiek poprzedni HRF stanie się niespójny z faktycznym postępowaniem Prac, Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć aktualny HRF w terminie 7 (siedmiu) dni od otrzymania wezwania od Zamawiającego. Zaktualizowany HRF musi zostać zaakceptowany przez Zamawiającego, z wyjątkiem HRF, w którym zmianie ulegną daty graniczne realizacji Inwestycji, tj. daty realizacji Kamieni Milowych 501.1, 501.2 oraz termin Odbioru Pogwarancyjnego. W przypadku zmian dat granicznych realizacji Inwestycji zmiana HRF wymaga zawarcia pisemnego aneksu do Umowy.”

Zamawiający nie przywiązywał zatem istotnej wagi do konkretnych dat wskazanych w HRF, istotna jest aktualność HRF względem faktycznego postępu prac, gdyż terminy z HRF przekładają się na płatności częściowe. § 3 ust. 11 WU stanowi, że: „HRF określa Kamienie Milowe dla płatności częściowych, daty ich realizacji, a RCO procentowe Wynagrodzenie Wykonawcy za realizację poszczególnego Kamienia Milowego”.

W przypadku rozbieżności harmonogramu z faktycznym postępowaniem prac Zamawiający przewidział w § 3 ust. 12 WU możliwość korekty HRF. Nie ma powodu, by w ramach takiej korekty (3 dni od wydania NTP) Przystępujący nie mógł skorygować daty rozpoczęcia prac w branży sanitarnej, jeśli okaże się, że w tym zakresie HRF jest nieaktualny. Wydaje się to

jednak bezprzedmiotowe, skoro chodzi o kwestię płatności, a tym samym data rozpoczęcia prac w branży sanitarnej nie ma żadnego znaczenia dla terminu płatności.

Kolejna okoliczność istotna z punktu widzenia oceny oferty, to kwestia ryzyka Przystępującego i proporcja między okresem trzech tygodni i całym okresem realizacji robót w branży sanitarnej, który wykonawca ustalił na 18 miesięcy. Gdyby przyjąć, iż wykonawca określił termin rozpoczęcia prac w branży sanitarnej nie w celu zadbania o zapewnienie materiałów budowlanych (co nie wymagałoby zgody Zamawiającego), ale np. w zakresie robót ziemnych polegających na wykopaniu rowów w celu położenia sieci kanalizacyjnej, wymagających wejścia na plac budowy, to w przypadku braku zgody Zamawiającego, wykonawca poniósłby ryzyko opóźnienia tych prac o trzy tygodnie, ale nadal miałby czas na ich wykonanie 17 miesięcy i 10 dni, licząc od założonego NTP, czyli 2 stycznia 2019 r. Zamawiający uznał, iż nawet w takim przypadku nie zagraża to realizacji zamówienia ze względu na bagatelność okresu, o który wykonawca musiałby się wstrzymać z realizacją robót. Ryzyko dla całego projektu związane z opóźnieniem rozpoczęcia prac w branży sanitarnej jest pomijalne.

Zamawiający, ze względu na ww. okoliczności przyjął jednak, iż prawem wykonawcy (zgodnie z § 2 ust. 4 i 5 umowy) było zgłoszenie w ramach HRF dokonania pewnych prac w zakresie branży sanitarnej przed NTP i nie potraktował tej kwestii jako omyłki, ale jako działanie zgodne z SIWZ. W przypadku, gdyby uznać, iż jest to rozbieżność oferty względem treści SIWZ, to należy ją rozpatrywać w kategorii oczywistej omyłki pisarskiej lub, przy bardziej rygorystycznym podejściu, w kategorii innej omyłki niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty względem treści SIWZ. Założenie, iż omyłka istnieje, wymagałoby przyjęcia, iż z umowy czytanej jako całość (a nie tylko z § 2 ust. 3 WU) wynika, że żaden KM nie może się rozpocząć przed datą NTP (oprócz KM 001). To zaś automatycznie implikuje obowiązek uznania, iż Przystępujący miał obowiązek automatycznego ustalenia początku realizacji KM 701.1, 701.2, 701.3 nie wcześniej niż od 2 stycznia 2019 r., skoro przyjął taką datę jako termin wydania NTP. Oczywistość omyłki wynika właśnie z tej konstrukcji myślowej, którą sam przyjął Odwołujący w odwołaniu. Gdyby uznać tok rozumowania Odwołującego za prawidłowy, to poprawa omyłki byłaby niezbędna (obowiązkowa w świetle brzmienia art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) i nie mogłoby być mowy o odrzuceniu oferty Przystępującego. Alternatywnie można by przyjąć, iż zasadne jest poprawienie takiej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyby uznać, iż przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji prac w branży sanitarnej na dzień wydania NTP wymaga zgody wykonawcy. Jest to zmiana tak bagatelna (proporcja opóźnienia względem całego okresu przeznaczonego na realizację branży – 18 miesięcy), iż jej nieistotność w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie budzi wątpliwości.

Odnosnie zarzutu dotyczącego rozbieżności między HRF i RCO w zakresie przyporządkowania terminów realizacji poszczególnych „Kamieni Milowych” określonych w HRF do okresów rozliczeniowych w tabeli stanowiącej element RCO należy przyjąć, iż jest to omyłka, którą należy poprawić w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niesłusznie Odwołujący sugeruje, iż brak jest możliwości ustalenia kierunku dokonania poprawy rozbieżności ww. dokumentów. Przede wszystkim nie wiadomo, na jakiej podstawie Odwołujący wywodzi, iż hierarchia dokumentów (załączników do umowy) określona w § 1 ust. 10 WU ma znaczenie dla oceny oferty Przystępującego. Zapis ten brzmi następująco: „W przypadku rozbieżności pomiędzy dokumentami tworzącymi Umowę, Strony są związane zapisami tego dokumentu, który znajduje się wyżej w hierarchii dokumentów. Strony ustalają następującą hierarchię dokumentów: a) dokument niniejszej Umowy, b) PFU, c) dokumentacja przekazana przez Zamawiającego, w tym projekty budowlane, d) RCO, e) HRF, f) HRU; g) Oferta Wykonawcy.”

Wzór załącznika RCO w tabeli dotyczącej rozliczeń nie posiada wymogu wskazania dat zakończenia realizacji poszczególnych KM, a jedynie miejsce do wskazania numeru KM i wartości KM. Natomiast zgodnie z punktem 3. załącznika nr 2 do IDW w HRF należało wskazać „początek i koniec realizacji danego Kamienia Milowego”. Tak więc jedynym dokumentem, w którym wymagano określenia terminów realizacji KM, był HRF. Nie ma zatem podstaw do wywodzenia, że jest jakaś „rozbieżność między dokumentami tworzącymi umowę”, która wymaga zastosowania hierarchii dokumentów. Przywołany zapis ma na celu umożliwić realizację umowy w przypadku, gdy zapisy są sprzeczne, podczas gdy w omawianej sytuacji nie mamy do czynienia ze sprzecznością, tylko z nieprawidłowym przyporządkowaniem dat ujawnionych w jednym dokumencie do tabeli zawierającej okresy rozliczeniowe z RCO. Hierarchia z § 1 ust. 10 WU nie ma zatem zastosowania do poprawy omyłki. W efekcie nie ma żadnej wątpliwości co do tego, jak poprawić opisaną omyłkę: należy, kierując się datami zakończenia realizacji KM z HRF, przyporządkować KM do 18 dwumiesięcznych okresów rozliczeniowych podanych w tabeli RCO. W taki sposób w odniesieniu do wszystkich KM objętych zarzutem odwołania, dokonano poprawy omyłki 10 maja 2019 r. i przesłano do Przystępującego pismo z wezwaniem do wyrażenia zgody. Przystępujący w terminie 3 dni taką zgodę wyraził.

Należy zatem uznać, iż oferta konsorcjum TORPOL została prawidłowo poprawiona i nie podlega odrzuceniu. Z całości dokumentacji postępowania wynika przy tym, że RCO jest skutkiem propozycji zawartych w HRF – ewentualne zmiany w HRF, dopuszczone umową, powodują zmiany w RCO, a nie odwrotnie. Zamawiający więc zgodnie z taką zasadą oraz ze względu na jednoznacznie wskazane w HRF terminy i zakresy wykonywanych czynności, dostosował do nich ewidentnie omyłkowo sformułowane postanowienia RCO, co

powodowało niezgodność z SIWZ, tj. wymaganiem, by płatność wg RCO następowała za czynności wykonane w okresach poprzednich dwóch miesięcy.

III Stanowisko przystępującego

Przystępujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Torpol S.A. i Zakłady Automatyki „KOMBUD” S.A. poparł stanowisko Zamawiającego oraz wniosł o odrzucenie odwołania, a w przypadku stwierdzenia braku przesłanek do odrzucenia – o jego oddalenie w całości, a także zasądzenie kosztów wg norm przepisanych.

Wskazał, że zdaniem Odwołującego doszło do niezgodności treści dokumentu „Dokument Rozliczeniowy” z treścią HRF oraz treścią punktu 7. załącznika nr 2 do IDW ze względu na to, że w treści Dokumentu Rozliczeniowego wpisano wartości poszczególnych 31 Kamieni Milowych w innych, niż, jak wynika to z HRF, okresach rozliczeniowych. W ocenie Odwołującego taka niezgodność stanowi podstawę do odrzucenia oferty, zgodnie z treścią punktu 7. załącznika nr 2 do IDW. Zamawiający, działając w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonał poprawy Dokumentu Rozliczeniowego, na co Przystępujący wyraził zgodę. Biorąc pod uwagę treść art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, omawiany zarzut w dniu wyrokowania jest nieaktualny, wobec czego podlega oddaleniu.

To, czy niezgodności i błędy zawarte w Dokumencie Rozliczeniowym stanowią podstawę odrzucenia oferty, jest uzależnione głównie od tego, jaką rolę przypisano temu dokumentowi w danym postępowaniu. Musi ona być oceniana na podstawie analizy SIWZ i innych dokumentów postępowania. Analiza złożonego do oferty Przystępującego HRF oraz RCO (w tym Dokument Rozliczeniowy) pokazuje, że ilości (60) i rodzaje (numery i nazwy) Kamieni Milowych są ze sobą spójne i są identyczne jak we wzorze opublikowanym przez Zamawiającego. Nie doszło zatem do zmiany sposobu świadczenia. W kontekście sposobu świadczenia ewentualną podstawą do odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych mógłby być Dokument Rozliczeniowy zmieniający ilości i rodzaje Kamieni Milowych (pkt 7 załącznika nr 2 do IDW), co nie miało miejsca.

Dokument Rozliczeniowy stanowi jeden z 14 wewnętrznych dokumentów składających się na treść RCO, co dowodzi złożoności tego dokumentu, a tym samym różnej wagi jego części składowych. Elementami istotnymi RCO z punktu widzenia przyszłego zamówienia publicznego są poszczególne wartości wynagrodzenia za Kamienie Milowe, a nie daty ich płatności wpisane w Dokumencie Rozliczeniowym.

W tytule Dokumentu Rozliczeniowego widnieje opis: „Planowana realizacja Kamieni Milowych w odniesieniu do okresów rozliczeniowych wraz z podsumowaniem”, co dowodzi że ma on charakter jedynie poglądowy i planowy.

Z wzoru umowy wynika, że Dokument Rozliczeniowy nie jest podstawą do naliczenia ewentualnych kar umownych (§ 8 WU). Dokument Rozliczeniowy w żadnym miejscu wzoru umowy nie występuje samodzielnie, nie jest więc samodzielnie dokumentem konstytuującym moment zapłaty wynagrodzenia, a więc wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie może być podstawą do żądania zapłaty wynagrodzenia w terminach w nim wpisanych. § 4 ust. 6 WU oraz punkt 5. treści formularza ofertowego stanowi, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy, co dowodzi, że nie może ono ulec zmianie (poza warunkami opisanymi w klauzulach rewizyjnych § 18), więc wpisane wartości i terminy zapłaty wynagrodzenia w Dokumencie Rozliczeniowym nie rzutują na wysokość i termin zapłaty wynagrodzenia, nie zmieniają tym samym pozycji ekonomicznej oferty (ryczałt jest ryczałtem).

Zgodnie z § 3 ust. 10 WU wykonawca będzie realizował przedmiot umowy w oparciu o HRF, RCO i HRU. Dalej w § 3 ust. 11 WU definiuje się rolę HRF, który „określa Kamienie Milowe dla Płatności częściowych, daty ich realizacji” (*ergo* określa wstępne terminy płatności), a RCO określa „procentowe Wynagrodzenie Wykonawcy za realizację poszczególnego Kamienia Milowego” (*ergo* określa poszczególne wartości wynagrodzenia, a nie termin zapłaty). Powyższe dowodzi, że okresy rozliczeniowe wpisane w Dokumencie Rozliczeniowym (terminy zapłaty) nie mają istotnego znaczenia dla treści przyszłego zobowiązania, bo określone one są w HRF i zależne od odbiorów prac.

Zgodnie z § 6 WU podstawą do zapłaty wynagrodzenia będzie: protokół odbioru (§ 6 ust. 1 oraz ust. 2 pkt. 1), spisany przez Komisję Odbiorową (§ 6 ust. 4), odebrane w dniu, w którym Komisja Odbiorowa podpisze protokół niezawierający uwag (patrz § 6 ust. 6). Fakturowanie odbywać się będzie natomiast w oparciu o HRF i RCO na podstawie protokołów odbiorów bez uwag albo protokołów odbiorów zgodnych z § 6 ust. 8 pkt 1 lit. a Umowy wystawionych przez Komisję Odbiorową. Podstawą do Odbioru Częściowego oraz wystawienia w tym zakresie faktury VAT, będzie podpisany protokół Odbioru Częściowego, przy czym Wykonawca może wystawić fakturę VAT nie częściej niż jeden raz na 2 miesiące, po zakończeniu pełnego etapu Prac, zgodnie z Kamieniem Milowym przedstawionym w HRF i RCO, wyszczególniając na fakturze VAT wykonane zakresy Prac. Fakturowanie Kamieni Milowych, w zakres których wchodzi przebudowa torów, może nastąpić dopiero po dokonaniu Odbioru Częściowego i Odbioru Eksploatacyjnego (§ 4 ust. 9). Dowodzi to, że niezależnie do tego, w jakim okresie rozliczeniowym wpisana została wartość poszczególnego Kamienia Milowego w Dokumencie Rozliczeniowym (wykonawcy mogli wpisać te wartości w XVIII okresie), to wymagalność wynagrodzenia następować będzie zawsze wyłącznie po spisaniu Protokołu odbioru Częściowego i Eksploatacyjnego przez Komisję Odbiorową – bez względu na pierwotną treść Dokumentu Rozliczeniowego złożonego do oferty. Dowodzi to również braku istotności tego dokumentu, który ma charakter pogładowy.

Dokument Rozliczeniowy zawiera planowane oświadczenie woli wykonawcy co do terminów zapłaty za Kamienie Milowe. Wskazane w nim terminy i wartości wynagrodzenia mają jedynie charakter pomocniczy i poglądowy, gdyż wartość i zakres płatności częściowych będą uzależnione nie od dat wskazanych w Dokumencie Rozliczeniowym, ale od wartości i zakresu prac, których odbioru dokona Zamawiający. Przedmiotowy błąd w ogóle nie wpływa na terminy i wysokość płatności, do których realizacji zobowiązany będzie Zamawiający. To Zamawiający każdorazowo będzie decydować, jakie elementy prac zostały wykonane poprawnie i na tej podstawie dokonuje płatności częściowych tylko za te elementy.

Sporządzenie nieporównywalnych dokumentów HRF i Dokumentu Rozliczeniowego opartych na PFU, IDW oraz WU, nie stanowi niezgodności oferty z treścią SIWZ również z uwagi na ustawową zasadę przeniesienia ryzyka należytej kalkulacji ryczałtowej ceny oferty na wykonawcę (art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego). Wykonawca i tak będzie zobowiązany do wykonania wszystkich prac objętych PFU stanowiącym integralną część umowy o roboty budowlane (art. 649 Kodeksu cywilnego), a terminy zapłaty będą uzależnione od odbiorów poszczególnych prac (art. 647 Kodeksu cywilnego), a nie od HRF czy Dokumentu Rozliczeniowego.

W ocenie Przystępującego omyłki te mogły być poprawione w trybie i zakresie, na jaki pozwalają zapisy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie niezgodności HRF ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Odwołujący zbudował argumentację sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ na naruszeniu postanowień wzoru przyszłej umowy, tj. § 2 ust. 2 i 3 z zapisów umowy wywodząc, że Zamawiający zakazał wykonywania jakichkolwiek prac przed dniem zawarcia umowy oraz przed wydaniem NTP, który to zakaz nie dotyczy jedynie wykonania Kamienia Milowego 001 „Projekty wykonawcze i ewentualne projekty budowlane zamienne”. Jednak wskazane postanowienia nie wprowadzają zakazu wykonania Kamieni Milowych przed zawarciem umowy – § 2 ust. 2 konstytuuje termin rozpoczęcia realizacji Umowy oraz termin wydania NTP, a § 2 ust. 3 prawo do realizacji Kamienia Milowego 001 przed wydaniem NTP. Zapisy te nie wprowadzają zakazu wykonania Kamieni Milowych przed zawarciem umowy czy wydaniem NTP, a takie prace każdy wykonawca może podjąć wyprzedzająco – na własne ryzyko i koszt.

Załącznik nr 2 do IDW (Wymagania dotyczące przygotowania HRF) w punkcie 6. mówi, że HRF ma „zostać przygotowany z uwzględnieniem wybranej technologii realizacji Prac oraz planowanych terminów zamknięć torowych”. Zapis ten daje wykonawcy dowolność w konstruowaniu terminów realizacji poszczególnych Kamieni Milowych, z wyjątkiem Kamienia Milowego 501.2, który musi być wykonany w terminie nie dłuższym niż 18 miesięcy od wydania NTP. Oznacza to, że dla Zamawiającego kluczowym Kamieniem Milowym był 501.2. Jego waga jest również potwierdzona tym, że za jego niewykonanie w terminie

Zamawiający przewidział karę umowną. Natomiast kary umownej nie przewidziano za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego 700 – Instalacje Sanitarne.

Odwołujący pomija § 2 ust. 4 i 5 WU, które wprost konstytuują prawo do wykonywania innych Kamieni Milowych przed datą zawarcia umowy: „4. Wykonywanie przez wykonawcę Prac innych niż Prace w ramach Kamienia Milowego 001 jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu pisemnej zgody Zamawiającego i pod warunkiem zobowiązania do realizacji pełnego zakresu Kamienia Milowego. Wniosek o wydanie zgody musi wskazywać termin, zakres oraz koszt planowanych Prac. 5. W przypadku wykonywania przez Wykonawcę jakichkolwiek Prac przed wydaniem NTP Wykonawca jest zobowiązany do przestrzegania odpowiednich postanowień Umowy, w szczególności dokonywać odpowiedniego informowania Zamawiającego, bądź uzyskiwać jego zgodę.” Powyższe zapisy umowy nie wprowadzają zakazu wykonania prac przed wydaniem NTP, lecz dają wykonawcy taką możliwość po uzyskaniu pisemnej zgody Zamawiającego.

§ 3 ust. 12 i 13 WU wskazują na konieczność korygowania HRF (jego aktualizacji) i przeprowadzenia procedury tworzenia HRU, który finalnie będzie określał szczegółowy zakres Prac z uwzględnieniem zamknięć torowych i przyjętego fazowania Prac z uwzględnieniem Odbiorów Eksploatacyjnych. Oznacza to, że terminy z HRF będą zmienne. Wykonawcy mają zatem swobodę w wyborze momentu ich wykonania, a finalny obraz terminów znajdzie się w HRU. Podobnie stanowi pkt 5 załącznika nr 2 do IDW, zgodnie z którym HRF ma zostać wykonany w sposób zapewniający możliwość jego rozwinięcia, co oznacza, że założenia poczynione w składanym do oferty HRF nie są „sztywne”, ponieważ będą podlegały aktualizacji, a tym samym nie mogą stanowić o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, bo takich sztywnych założeń SIWZ co do Kamienia Milowego 700 Zamawiający nie wprowadza. W § 3 ust. 12 WU Zamawiający wyraźnie wskazał, które Kamienie Milowe oraz terminy są dla niego istotne: „Zaktualizowany HRF musi zostać zaakceptowany przez Zamawiającego, z wyjątkiem HRF, w którym zmianie ulegną daty graniczne realizacji Inwestycji, tj. daty realizacji Kamieni Milowych 501.1, 501.2 oraz termin Odbioru Pogwarancyjnego. W przypadku zmian dat granicznych realizacji Inwestycji zmiana HRF wymaga zawarcia pisemnego aneksu do Umowy.” Zamawiający ustalił, że „sztywnymi” Kamieniami Milowymi są 501.1 i 501.2. Koresponduje to z treścią punktu 6. załącznika nr 2 do IDW („Wymagania dotyczące przygotowania HRF”), który wskazuje na istotność Kamienia Milowego 501.2, który musi być wykonany w terminie nie dłuższym niż 18 miesięcy od wydania NTP (podobnie § 8 WU kary umowne).

Kolejną istotną dla Zamawiającego datą jest termin realizacji wyznaczony w punkcie 6. IDW na 36 miesięcy.

Istotność ww. dat określa też § 18 WU, bowiem każda zmiana istotna wymaga zawarcia aneksu do umowy. Z § 18 wynika, że zmianami istotnymi będą terminy Kamieni Milowych

501.1, 502.2 oraz termin Odbioru Pogwarancyjnego, więc jedynie te terminy mogą stanowić o merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. W przypadku oferty Przystępującego takiej niezgodności nie można stwierdzić.

Wobec powyższego wpisanie realizacji Kamienia Milowego 700 w dacie 12.12.2018 roku nie można traktować jako niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

To, czy Przystępujący wykonałby czynności wyprzedzająco lub wykonałby je dopiero po zawarciu umowy lub wydaniu NTP, nie wpływa na zobowiązania względem Zamawiającego i nie czyni jego oferty niezgodnej z treścią SIWZ. Przystępujący zaoferował Zamawiającemu wykonanie zamówienia na warunkach oraz w terminach wyartykułowanych w treści SIWZ, a dowodem tego są oświadczenia złożone w punktach: 2, 4, 5, 7 i 12 formularza ofertowego. W przypadku, gdy Kamień Milowy 700 będzie realizowany po dniu zawarcia umowy lub wydania NTP, przesunięcie względem złożonego do oferty HRF nie będzie miało wpływu na pozostałe terminy realizacji umowy. Kamień Milowy 700 zostanie wykonany w pełnym zakresie niezależnie od terminu rozpoczęcia.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie poprawienia w ofercie konsorcjum TORPOL omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wybór konsorcjum TORPOL niezgodnie z przepisami ustawy i w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców został ogólnie sformułowany, a uzasadnienie stoi w sprzeczności z zarzutem, bowiem Odwołujący zarzuca brak poprawienia oferty, a dalej twierdzi, że Zamawiający nie powinien dokonywać poprawy oferty. W ocenie Przystępującego takie sformułowanie treści zarzutu odwołania czyni go wewnątrznie sprzecznym, a tym samym uniemożliwia jego prawidłowe rozpoznanie. Zarzut ten nie koresponduje też z wnioskami złożonymi w treści odwołania.

Nie znajduje on potwierdzenia w stanie rzeczy ustalonym w toku postępowania z uwagi na dokonane czynności w postępowaniu, tj. poprawienie przez Zamawiającego treści Dokumentu Rozliczeniowego oraz nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania z uwagi na brak istotności wprowadzenia w treści HRF Kamienia Milowego 007 w dacie 12.12.2018 rok, finalnie więc podlega oddaleniu.

Skoro na ofertę Przystępującego składał się szereg dokumentów charakteryzujących zobowiązanie wykonawcy, to przesądzenie kwestii zgodności lub niezgodności oferty z treścią SIWZ wymaga ich analizy i interpretacji w całości, a nie w sposób fragmentaryczny wskazując na pojedynczy zapis dokumentu. Uznanie stanowiska zaprezentowanego w odwołaniu za uzasadnione doprowadziłoby do sytuacji, w której oferta Przystępującego podlegałaby odrzuceniu wyłącznie na tej podstawie, że określona informacja nie została wpisana w określonym miejscu w tabeli i harmonogramie, a takie jej wpisanie nie rzutuje na

treść zobowiązania. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie obejmuje uchybień formalnych polegających na niewpisaniu informacji w określonym miejscu w tabeli i harmonogramie.

Przystępujący, uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania, wskazał na brak formalny w postaci niepodpisania odwołania i jego załączników (wszystkie pliki) przekazanych Zamawiającemu ważnym kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W jego opinii, jeżeli takie niepodpisane pliki trafiły również do Izby, odwołanie powinno zostać odrzucone.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do wskazanego przez Odwołującego braku formalnego odwołania w postaci braku opatrzenia odwołania i jego załączników ważnym kwalifikowanym podpisem elektronicznym, Izba stwierdziła, iż pliki przekazane Prezesowi Izby zostały takimi podpisami opatrzone.

W zakresie dokonanych przez Zamawiającego czynności i zgłoszonych przez niego w odpowiedzi na odwołanie wniosków Izba stwierdziła, iż „uwzględnienie” przez Zamawiającego zarzutu nr 3, na które wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w jej ocenie nie jest uwzględnieniem częściowym odwołania, o którym mowa w art. 186 ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na to, że z całej treści odwołania wynika, że zarzut nr 2 i 3 nie są zarzutami alternatywnymi. Zarzut nr 2 jest zarzutem głównym, natomiast zarzut nr 3 został postawiony ewentualnie, przy czym Odwołujący, pomimo postawienia takiego zarzutu, w dalszej treści odwołania wskazał, że dokonanie czynności, której zaniechanie zarzucał Zamawiającemu, jest na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych niemożliwe. Tym samym z proceduralnego punktu widzenia umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu 2. i 3. nie jest możliwe.

Odwołujący sformułował dwa zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum TORPOL z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia: po pierwsze, w ofercie nastąpiła niezgodność przedłożonych do oferty dokumentów, tj. Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego oraz Rozbicia Ceny Ofertowej, co, zgodnie z treścią załącznika nr 2 pkt 7 do Instrukcji Dla Wykonawców, powinno skutkować odrzuceniem oferty konsorcjum TORPOL oraz, po drugie, Harmonogram Rzeczowo-Finansowy został sporządzony z naruszeniem § 2 ust. 2 i 3 Warunków Umowy, które

przewidywały rozpoczęcie wykonania prac określonych w części 700 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (Instalacje Sanitarne – Kamień Miłowy 701.1 Instalacje gazowe, 701.2 Instalacje kanalizacyjne, 701.3 Instalacje wodne) 12 grudnia 2018 r., tj. przed datą zawarcia umowy oraz przed NTP (Polecenie Rozpoczęcia Prac wydawane przez Zamawiającego), przewidzianymi na 2 stycznia 2019 r.

Jako zarzut ewentualny Odwołujący wskazał też naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie poprawienia oferty konsorcjum TORPOL w zakresie omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – jednocześnie jednak argumentując, że dokonanie takiej poprawy nie byłoby możliwe.

Główne zasady udzielania zamówień publicznych, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych precyzuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Jak wynika z dyspozycji z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przy czym w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (ust. 1a).

Z art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że 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.

Analiza powyższych przepisów prowadzi do wniosku, że zaakceptowana przez zamawiającego jako poprawna może być wyłącznie oferta odpowiadająca „merytorycznie”, czyli swoją treścią, wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym – z założenia – przepisy nie wprowadzają rozróżnienia stopnia czy wagi takowej niezgodności pomiędzy ofertą a specyfikacją, poza wadami, które można zakwalifikować jako omyłki nieistotne, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ofercie zamawiający może też poprawić zauważone błędy, które uzna za oczywiste omyłki pisarskie lub oczywiste omyłki rachunkowe.

Harmonogram Rzeczowo-Finansowy oraz Rozbicie Ceny Ofertowej, w tym „Planowana realizacja Kamieni Milowych w odniesieniu do okresów rozliczeniowych wraz z podsumowaniem”, niezależnie od ich rzeczywistej wagi dla treści całej oferty, są dokumentami, które ze swojej istoty stanowią dokumenty „merytoryczne”, tj. stanowiące treść oferty. Tym samym powinny być w swojej treści zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – a także niesprzeczne w swojej treści pomiędzy sobą i innymi dokumentami składającymi się na ofertę, aby na ich podstawie dało się treść oferty jednoznacznie ustalić.

W związku z powyższym również te dokumenty podlegają zasadzie, zgodnie z którą albo podlegają korekcie zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, albo podlegają odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z załącznika nr 2 do IDW „Wymagania dotyczące przygotowania Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego”, HRF powinien wskazywać określenie w czasie realizacji każdego Kamienia Milowego wymienionego w RCO w odniesieniu do tygodnia odpowiednio od podpisania Umowy lub NTP (pkt 2); wskazywać początek i koniec realizacji danego Kamienia Milowego (pkt 3). Powinien też zawierać podsumowanie kwotowe realizacji Kamieni Milowych w odniesieniu do każdego okresu rozliczeniowego od podpisania Umowy dla Kamienia Milowego 001 oraz w odniesieniu do każdego okresu rozliczeniowego od wydania NTP dla pozostałych Kamieni Milowych; na potrzeby HRF należy przyjąć, że polecenie NTP zostanie wydane w dniu podpisania Umowy. Należy przyjąć, że okres rozliczeniowy wynosi 2 miesiące (pkt 5). HRF powinien też uwzględniać realizację Kamienia Milowego 501.2 w terminie nie dłuższym niż 18 miesięcy od wydania NTP oraz planowanych terminów zamknięć torowych (pkt 6).

Jak też wskazał Zamawiający w ww. załączniku, niezgodność HRF z RCO, w szczególności co do ilości i rodzaju Kamieni Milowych, spowoduje odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Konsorcjum TORPOL przewidziało w swoim HRF podpisanie umowy i wydanie NTP na 2 stycznia 2019 r., a zakończenie prac na 2 stycznia 2022 r., przy czym rozpoczęcie części prac (pozycje 59-62 HRF dotyczące instalacji sanitarnych: Kamień Milowy 701.1 Instalacje gazowe, 701.2 Instalacje kanalizacyjne, 701.3 Instalacje wodne) zostało przewidziane na 12 grudnia 2018 r.

Podobnie w szeregu pozycji tabeli „Planowana realizacja Kamieni Milowych w odniesieniu do okresów rozliczeniowych wraz z podsumowaniem”, stanowiącej część RCO (pozycje: KM 101.1, KM 101.2, KM 102.2, KM 210.1, KM 201.3, KM 201.4, KM 301.3, KM 302.1, KM 351.1, KM 351.2, KM 352.1, KM 353.1, KM 353.2, KM 354.1, KM 355.1, KM 401.1, KM 401.2, KM 401.3, KM 402.1, KM 402.2, KM 501.2, KM 501.3, KM 501.4, KM 502.1, KM 502.2, KM 502.3, KM 801.1, KM 801.2, KM 801.3 oraz KM 802.3) wykonawca wskazał okres rozliczeniowy niezgodny z terminem zakończenia prac wskazanym w HRF (przed zakończeniem tych prac) oraz z § 4 ust. 9 WU stanowiącym, że wykonawca będzie wystawiał faktury nie częściej niż raz na dwa miesiące po zakończeniu pełnego etapu prac, zgodnie z Kamieniem Milowym przedstawionym w HRF i RCO.

Po wniesieniu odwołania Zamawiający dokonał poprawienia RCO w powyższym zakresie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby w ofercie konsorcjum TORPOL rzeczywiście nastąpiła wskazana przez Odwołującego niezgodność Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego oraz Rozbicia Ceny Ofertowej co do terminów płatności oraz niezgodność RCO z przywołanym postanowieniem Warunków Umowy stanowiącym, że wykonawca będzie wystawiał faktury w zakresie danego Kamienia Milowego po zakończeniu pełnego etapu prac. Zgodnie z zapowiedzią Zamawiającego zawartą w załączniku nr 2 do IDW, powinno to skutkować odrzuceniem oferty konsorcjum TORPOL, stosownie do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika jednak z treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz z zastrzeżeniem możliwości poprawienia w tej ofercie niezgodności, która zostanie uznana za omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Aby dana nieprawidłowość w ofercie mogła zostać przez Zamawiającego poprawiona, musi ona spełnić kilka warunków. Po pierwsze, musi ona zostać uznana za działanie omyłkowe wykonawcy, będące jego niezamierzonym błędem i niezamierzoną niezgodnością z danym wymogiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zakwalifikowane jednocześnie jako oczywista omyłka pisarska lub oczywista omyłka rachunkowa. Po drugie – musi polegać na niezgodności oferty z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po trzecie – nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. Po czwarte – co już nie wynika bezpośrednio z treści przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz z samej istoty poprawienia omyłek – zamawiający musi wiedzieć, w jaki sposób stwierdzony błąd naprawić.

Wskazaną przez Odwołującego niezgodność HRF z RCO w zakresie dokumentu „Planowana realizacja Kamieni Milowych w odniesieniu do okresów rozliczeniowych wraz z podsumowaniem” można uznać za spełniającą powyższe warunki, a więc podlegającą poprawieniu zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie ma wątpliwości, że jest to niezgodność pomiędzy ofertą a postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z okoliczności sprawy i wyjaśnień Zamawiającego oraz Przystępującego wynika, że nie jest to celowe działanie wykonawcy zamierzającego postąpić w sposób sprzeczny z wymaganiami Zamawiającego. Niewątpliwie można je zakwalifikować nie jako chęć wcześniejszego uzyskania od Zamawiającego płatności niż zostało to przez niego przewidziane w SIWZ lub też uzyskania płatności przed zakończeniem danego etapu prac, lecz błąd w wypełnieniu tabeli, która była dość skomplikowana (zawierała 18 kolumn) i łatwo mogła spowodować omyłkowy wpis.

I choć błąd ten dotyczy kwestii płatności za wykonane prace, która standardowo uznawana jest za ważną, to – biorąc pod uwagę całokształt oferty i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w tym konkretnym przypadku jako część oświadczenia woli wykonawcy (oferty) ma znaczenie marginalne. Zamawiający bowiem tak skonstruował postanowienia dotyczące HRF oraz warunków płatności, że dane zawarte w ofercie (Dokumencie Rozliczeniowym) można uznać za o tyle nieistotne, że nie stanowią one konkretnej i niezmiennej deklaracji wykonawcy, a ich charakter jest informacyjny. Sam zaś Dokument Rozliczeniowy jest dokumentem porządkującym dane zawarte w HRF i RCO, tj. przyporządkowującym przewidywany termin zakończenia prac dla danego Kamienia Milowego do kwoty wynagrodzenia za wykonanie tego Kamienia Milowego (jest to kompilacja danych z pozostałych dwóch dokumentów).

Tak więc, po porównaniu wskazanych dokumentów, z łatwością można było zauważyć, jakie błędy przy sporządzaniu tego dokumentu zostały popełnione, a tym samym – stwierdzić, w jaki sposób należy je poprawić. Wątpliwości takich nie miał Odwołujący wymieniając stwierdzone w tabeli błędy – w której kolumnie dana kwota została wpisana, a w której

powinna być ujęta, jak też Zamawiający, dokonując poprawek właśnie w taki sam sposób, jak wskazał Odwołujący w odwołaniu. Niezależnie też od późniejszej hierarchii dokumentów składających się na umowę, taki sposób korekty wpisów należy uznać za poprawny, wynikający z budowy oferty (wzajemnego stosunku treści składających się na nią dokumentów i spójności zawartych w niej deklaracji i informacji) oraz zasad logiki.

Z zasad procedury udzielania zamówień wynika do prawda, że poprawki takie powinny zostać dokonane w ramach pierwszej czynności badania i oceny oferty (jeśli omyłki zostały na tym etapie zauważone), a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Jednak – niezależnie od stwierdzonych mankamentów proceduralnych – Izba przy orzekaniu bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego (art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), a więc także stan postępowania istniejący w chwili orzekania, m.in. po to, by dostosować formułowany w sentencji wyroku nakaz dokonania, unieważnienia, czy powtórzenia pewnych czynności do sytuacji istniejącej w postępowaniu, a także, by stwierdzić, czy dane naruszenia miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W niniejszej sprawie, choć Zamawiający dokonał poprawienia ww. omyłek z opóźnieniem i uchybieniem procedurze, to jednak danej czynności dokonał w sposób poprawny merytorycznie, zatem w tym zakresie nie ma ani potrzeby nakazywania mu dokonania jakichkolwiek czynności, ani wpływu jego wcześniejszego zaniechania na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Natomiast w odmienny sposób należy ocenić sytuację zaistniałą w pozycjach 59-62 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, tj. rozpoczęcie ujętych tam prac przed dniem zawarcia umowy.

Jakkolwiek mają tu zastosowanie te same, przywołane powyżej przepisy dotyczące odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i poprawiania w niej omyłek, zostały z nich wywiedzione odmiennie skutki.

Należy przede wszystkim odwołać się zarówno do działań (jak i ich braku) oraz całokształtu argumentacji Zamawiającego i Przystępującego. Otóż wyjaśnienia obu tych podmiotów skoncentrowały się nie na wskazaniu zaistnienia omyłki czy niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, lecz na udowodnieniu, że takie działanie było dozwolone i uzasadnione, co implikuje stwierdzenie, że było to działanie zamierzone – a w każdym razie – nie zidentyfikowane jako błąd czy omyłka wykonawcy.

Tymczasem, w ocenie Izby, niezależnie od samej możliwości działania wykonawcy przed wydaniem przez Zamawiającego Polecenia Rozpoczęcia Prac (lecz po podpisaniu umowy),

niedopuszczalne jest rozpoczęcie realizacji umowy przed jej zawarciem. Oczywiście w praktyce zdarza się, czy bywa nawet konieczne, że wykonawca już w tym okresie przygotowuje się do zawarcia tej umowy lub wykonania zamówienia, jednak może to robić wyłącznie we własnym zakresie (wewnętrznie), natomiast nie w ramach współpracy z zamawiającym, czy tym bardziej – w ramach realizacji harmonogramu robót budowlanych. Nawet jeśli więc Zamawiający zdecyduje się wydać NTP wcześniej niż przewidywał w projekcie umowy, nie może tego zrobić przed zawarciem umowy. Wszelkie bowiem działania będące realizacją zamówienia przed zawarciem z danym wykonawcą umowy o zamówienie publiczne są niezgodne z prawem i przeczą istocie stosunku łączącego zamawiającego z – nawet już wybranym – wykonawcą.

Przed wszystkim, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Takim udzieleniem zamówienia jest zawarcie z tym wykonawcą umowy o wykonanie zamówienia publicznego. Umowa taka może być zawarta z zachowaniem warunków wskazanych w art. 94 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej lub ewentualnie formy szczególnej (art. 139 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zamawiający, postępując zgodnie z prawem, ze swojej strony nie może więc akceptować żadnych działań przed zawarciem pisemnej umowy.

Tym samym nie można zgodzić się z argumentacją o prawidłowości działania Przystępującego przedstawioną przez Zamawiającego i Przystępującego.

Powyższa jednak argumentacja, w ocenie Izby, jednocześnie niweczy także możliwość poprawienia zaistniałej niezgodności jako omyłki pisarskiej czy innej omyłki polegającej na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Jak wynika z poglądów orzecznictwa dotyczących oczywistej omyłki pisarskiej/błędu pisarskiego – błąd pisarski to widoczne, wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widoczne niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów. Oczywiście błąd wynikać powinna bądź z natury samego błędu, bądź z porównania rozstrzygnięcia z uzasadnieniem, z treścią wniosku lub też innymi okolicznościami. Inne oczywiste omyłki to takie, które ze swojej istoty stają na równi z błędami pisarskimi, czyli polegają na wyrażeniu czegoś, co widocznie jest niezgodne z myślą, a zostało wypowiedziane tylko przez przeoczenie, niewłaściwy dobór słowa (por. np. wyrok WSA w Warszawie z 29 czerwca 2007 r., sygn. VI SA/Wa 433/07; wyrok WSA w Warszawie z 1 kwietnia 2009 r., sygn. V SA/Wa 113/09; wyrok SO w Gdańsku z 21 maja 2008 r., sygn. XII Ga 151/08).

Powyższe stwierdzenia wskazują, że instytucja omyłki pisarskiej (błędu pisarskiego), w szczególności z przymiotem „oczywistej”, jest materią bardzo delikatną, tzn. ze swojej

istoty wymagającą wyłączności jej klasyfikacji jako owej oczywistej omyłki. Istotą bowiem tej omyłki jest widocznie mylne działanie piszącego, niezgodne z jego prawdziwym zamiarem i w sposób oczywisty narzucające się prawidłowe brzmienie błędnej informacji, np. stwierdzenie, że wykonawca błędnie zastosował datę 18-12-12 zamiast 19-12-12, tj. użył cyfry „8” zamiast „9”, która wynika z logicznego ciągu sąsiednich dat.

W przypadku, kiedy owe dwa elementy nie będą miały miejsca, danej sytuacji nie można uznać za oczywistą omyłkę pisarską. Zatem nie można twierdzić jednocześnie, że dane działanie jest poprawne i jest oczywistą omyłką.

Z związku z tym, skoro Przystępujący ani Zamawiający – autor i adresat oferty – nie zidentyfikowali jednoznacznie powyższej wady oferty jako oczywistej omyłki pisarskiej, ze wskazaniem na czym polega, również Izba w okolicznościach niniejszej sprawy nie ma podstaw do samodzielnego stwierdzenia, że zaistniała oczywista omyłka pisarska i nakazania jej poprawienia.

Z analogicznych powodów Izba nie może zakwalifikować zaistniałej sytuacji jako nieistotnej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Niezależnie bowiem od faktu, że nie jest to znacząca niezgodność treści oferty z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (ma rację bowiem Zamawiający i Przystępujący, że znaczenie HRF dla późniejszej realizacji umowy jest znikome, a harmonogram ten już od samego momentu złożenia oferty jest nierealny i będzie musiał zostać skorygowany w chwili zawarcia umowy), stanowi też niezgodność z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (jak pkt 2. załącznika nr 2 do IDW, zgodnie z którym HRF powinien wskazywać określenie w czasie realizacji każdego Kamienia Milowego wymienionego w RCO „od podpisania Umowy lub NTP”, a więc nie wcześniej), to także tutaj skutek wywołuje twierdzenie o poprawności działania Przystępującego, a zatem brak przesłanki wystąpienia po jego stronie omyłki. Także zaś w przypadku art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych konieczne jest stwierdzenie przede wszystkim, że dana wada oferty jest wynikiem omyłki wykonawcy.

Tym samym, skoro wystąpiła niezgodność z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a przedmiotowej wady nie można zakwalifikować jako omyłki podlegającej poprawieniu, a sam fakt, że potencjalnie nie ma ona istotnego znaczenia dla treści oferty nie jest wystarczający, zastosowanie znajdzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i oferta będzie podlegała odrzuceniu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 20.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....