

**WYROK**  
**z dnia 8 czerwca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Zuzanna Idźkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2018 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2018 przez wykonawcę **SAFEGE S.A.S. 15-27 rue du Port, Parc de l'Île 92022 Nanterre, Francja**, w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy Pl. Matejki 12, 31-157 Kraków** przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **ECM Group Polska S.A. ul. Rondo ONZ 1 00-124 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego **SAFEGE S.A.S. 15-27 rue du Port, Parc de l'Île 92022 Nanterre Francja**, zastosowanie do oferty Odwołującego poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,
3. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego **SAFEGE S.A.S. 15-27 rue du Port, Parc de l'Île 92022 Nanterre Francja** z tytułu wpisu od odwołania i :
  - 3.1 zasądza od zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy Pl. Matejki 12, 31-157 Kraków** na rzecz odwołującego kwotę

18 600,00 (osiemnaście tysięcy sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu uiszczanego wpisu od odwołania i kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017r. poz. 1579 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 Krakowie.

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy Pl. Matejki 12, 31-157 Kraków, dalej zwane „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Pełnienie nadzorów inwestorskich nad realizacją inwestycji obejmującej zaprojektowanie i wykonanie robót dla ZADANIA NR 1: Prace na odcinku linii kolejowej nr 97 Skawina-Sucha Beskidzka oraz zaprojektowanie robót dla ZADANIA NR 2 Budowa łącznicy w Kalwarii Zebrzydowskiej w ciągu linii kolejowych nr 97 Skawina-Żywiec i nr 117 Kalwaria Zebrzydowska Lanckorona - Bielsko Biała Główna realizowanego w ramach projektu „Prace na liniach kolejowych nr 97, 98, 99, na odcinku Skawina-Sucha Beskidzka - Chabówka - Zakopane” (IREZA3c-216-03/2017). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 sierpnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 155-322656.*

W dniu 14 maja Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez ECM Group Polska S.A. ul. Rondo ONZ 1 00-124 Warszawa, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca SAFEGE S.A.S. 15-27 rue du Port, Parc de l'Île 92022 Nanterre Francja, zwany dalej „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), mimo iż brak było przesłanek do zastosowania wskazanego przepisu;

ewentualnie:

- art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej, względnie

- art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty Wykonawcy SAFEGE S.A.S. oraz art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, zmierzającego do poprawy omyłki wskazanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przypadku zaistnienia u Zamawiającego wątpliwości co do treści złożonej przez Odwołującego oferty;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ECM Group Polska S.A. w Warszawie, mimo że w odniesieniu do przedmiotowej oferty zachodziła przesłanka jej odrzucenia z uwagi na niezgodność oferty z SIWZ, a w konsekwencji wybór ww. oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu;

3. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie pełnego, jasnego i precyzyjnego wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego;

4. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 86 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu oferty wykonawcy MGGP S.A. w Tarnowie w zakresie Załącznika IB do Formularza Ofertowego, mimo iż zastrzeżone przez tego wykonawcę informacje nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią w istocie informację dotyczącą ceny (której zastrzeżenie Zamawiający wyłączył w punkcie 14.9 Informacji dla Wykonawców, dalej „IDW”) i wedle informacji zawartej w SIWZ mają służyć porównaniu ofert, a wykonawca MGGP S.A. w Tarnowie nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia;

5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w tym w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z dnia 14 maja 2018 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego;

2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

3. odtajnienia zastrzeżonej części oferty wykonawcy: MGGP S.A. w Tarnowie w zakresie, w jakim nie spełnia ona przesłanek uznania wskazanych w Załączniku 1 B do Formularza Ofertowego informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa;

4. poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego w sposób wynikający z uzasadnienia niniejszego odwołania w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, włącznie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ewentualnie poprzedzonego wezwaniem Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.;

5. dokonania powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty wykonawcy ECM Group Polska S.A. w Warszawie.

W odniesieniu do pierwszego z postawionych zarzutów podał, iż zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodna z treścią SIWZ. Na uzasadnienie powyższego Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie zastosował się do wymogów Instrukcji dla Wykonawców, Załącznika 1 A do Formularza Ofertowego - Cena ofertowa, SPOSÓB OBLICZANIA CENY: gdzie ustalono, że *całkowita cena ofertowa składać się będzie z sumy cen zaoferowanych za Usługę świadczoną dla każdego z Kontraktów, z zastrzeżeniem, że wynagrodzenie za Kontrakt nr 1 stanowi 70% ceny ofertowej netto, a za Kontrakt nr 2 - 30 % ceny ofertowej netto*. Jednocześnie Zamawiający, powołując się na punkt 13. 2 IDW wskazał, że *„Kalkulacja wskazana w Załączniku 1B do Formularza Ofertowego nie będzie stanowić podstawy dokonywania płatności (dotyczy okresu realizacji zamówienia), ale ma charakter informacyjny i służy porównaniu ofert”*.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający uznał, iż nie ma podstaw do poprawy ceny ofertowej. Odwołujący podał, że Zamawiający nie wyjaśnił w sposób pełny i szczegółowy, jaki charakter ma owa niezgodność oferty z SIWZ, do których wartości z Formularzy 1 A i 1 B jest odnoszona, ani dlaczego uznał, że „nie ma podstaw do poprawy ceny ofertowej”. Mimo wskazania w pkt 19.3. IDW, iż *Zamawiający poprawia oczywiste omyłki rachunkowe i inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty*, nie wyjaśnił dlaczego w omawianym przypadku, nie dokonał poprawy ewentualnej omyłki oferenta.

Nadto podał, że oferta Odwołującego uwzględnia założenia poczynione przez Zamawiającego, a mianowicie dotyczące procentowego udziału wynagrodzenia za poszczególne kontrakty w cenie ofertowej, a na pewno istotnie od nich nie odbiega. Cena ofertowa brutto została przez Odwołującego skalkulowana w sposób prawidłowy, przy użyciu wzorów matematycznych narzuconych przez Zamawiającego. Załącznik nr 1 A do Formularza Ofertowego został w całości stworzony przez Zamawiającego, a zatem należy, zgodnie z zasadami logiki założyć, iż celem Zamawiającego przyświecającym mu przy formułowaniu opisu sposobu obliczenia ceny oraz treści Załącznika 1 A, a w szczególności Załącznika 1 B do Formularza Ofertowego, było uzyskanie ofert zawierających rzetelne, pełne i rzeczywiste kalkulacje wynagrodzenia. Temu celowi zapewne miał też służyć Załącznik 1 B do Formularza Ofertowego zawierający kalkulację wynagrodzenia podstawowego netto w rozbiciu na istotne elementy składające się na cenę usługi, służący, jak wskazał Zamawiający „porównaniu ofert”. Zamawiający, formułując Załącznik nr 1A (stanowiący jedyny dokument, w którym pojawia się wskazanie dotyczące progów procentowych dla wartości wyjściowych) wskazał oferentom poszczególne kroki w celu

obliczenia ceny ofertowej, narzucając im kolejne wzory matematyczne, które powinny doprowadzić do uzyskania wyników zgodnych z wymogami SIWZ.

Odwołujący zastosował się do instrukcji Zamawiającego, przyjmując iż wskazywane przez Zamawiającego wzory prowadzą do uzyskania rzetelnych i wiarygodnych wyników. Podał, że analiza Załącznika 1 A do Formularza Ofertowego Odwołującego pozwala na stwierdzenie, że Odwołujący nie tylko właściwie wyliczył całkowitą cenę ofertową netto i brutto, uwzględniając zapisy pkt 13.1. IDW, ale również, że jego oferta nie zawiera niezgodności z SIWZ o istotnym charakterze, które uprawniałyby Zamawiającego do jej odrzucenia.

Podkreślił, że oferta Odwołującego w zakresie Tabeli 3 Załącznika 1 A do Formularza Ofertowego zachowuje stosunek procentowy 70 % do 30 % w rozbiciu na poszczególne Kontrakty. Dalsze działania matematyczne według wzorów narzuconych przez Zamawiającego, w tym dokonywane zaokrąglenia prowadzą do wyliczenia całkowitej ceny ofertowej netto. Oferta Odwołującego w tabeli nr 7 Załącznika 1 A do Formularza Ofertowego w zakresie stosunku procentowego dla poszczególnych Kontraktów nie odbiega w sposób istotny od wartości 70 % i 30 %. Nawet przy przyjęciu, że stosunek procentowy powinien być również dokładnie w proporcji 70%/30% względem uwidocznionej w tej tabeli „całkowitej ceny ofertowej (netto)” stosunek ten przedstawia się jako: 0,69009 do 0,30990. Tym samym ewentualna rozbieżność w rozbiciu przy takim ujęciu to niecały 1 %, który nie powinien zostać uznany za istotny i można by było przyjąć, że wynika z omyłki, w tym omyłek rachunkowych, niedostosowania wzorów wskazanych przez Zamawiającego do specyfikacji i wymogów tego konkretnego zamówienia, bądź nawet niedokładności spowodowanych zaokrągleniami.

Tym samym odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej ze SIWZ jest bezzasadne. Zgodnie z treścią przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający może odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Stwierdził, że jeśli Zamawiający uznał niezgodność treści tak sporządzonej oferty Odwołującego z SIWZ to winien był dokonać poprawy tej niezgodności, gdyż zmiana treści formularza cenowego niezależnie od sposobu jego poprawy nie ma żadnego wpływu na cenę podaną w ofercie.

W zakresie zarzutu drugiego Odwołujący podał, że Zamawiający dokonując wyboru oferty ECM Group Polska S.A. w Warszawie, naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż wybrał tą ofertę mimo, że istniały przesłanki do jej odrzucenia jako niezgodnej z SIWZ. Zamawiający w pkt. 13.1 ID W wskazał: „Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług

(nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce)". Ponadto w Załączniku 1 A do Formularza Ofertowego Zamawiający wskazał sposób obliczenia ceny, wyposażając wykonawców we wzory wyliczenia wynagrodzenia maksymalnego oraz całkowitej ceny brutto, wskazując, iż cena ofertowa powinna stanowić sumę wszystkich wymaganych elementów wynagrodzenia.

Tymczasem analiza Formularza Ofertowego wykonawcy ECM Group Polska S.A. w Warszawie wraz z załącznikami do tego formularza wskazuje, że wykonawca ten w sposób błędny skalkulował cenę nie uwzględniając w niej wszystkich wymaganych elementów. Powyższe prowadzi do niezgodności oferty ECM Group Polska S.A. w Warszawie z SIWZ w stopniu istotnym i merytorycznym, uzasadniającym jej odrzucenie. Co więcej, uwzględnienie wszystkich wymaganych elementów w cenie ofertowej ECM Group Polska S.A. w Warszawie spowodowałoby, że cena ta byłaby wyższa od ceny oferowanej przez Odwołującego. Jednocześnie z drugiej strony, zlecenie realizacji zamówienia podmiotowi, który w ofercie nie uwzględnił wszystkich elementów, które miały być uwzględnione w całkowitej cenie ofertowej z dużym prawdopodobieństwem prowadziłyby do sytuacji niewykonania bądź nienależytego wykonania zamówienia.

W zarzucie trzecim Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak podania pełnego uzasadnienia przyczyn odrzucenia jego oferty. Podniósł, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający był zobligowany do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, czego nie uczynił, ograniczając się do lakonicznego sformułowania, iż Wykonawca nie zastosował się do IDW w zakresie sposobu obliczenia ceny. Zamawiający nie wskazał, na czym dokładnie polegał jego zdaniem błąd Odwołującego oraz z jakich powodów nie skorzystał z instrumentów przewidzianych w art. 87 ust. 1 i 2 Pzp. Powyższe znacząco utrudnia Odwołującemu ustosunkowanie się do zarzutów Zamawiającego oraz rzeczywistych podstaw odrzucenia oferty.

W kolejnym zarzucie odwołujący podniósł, że Zamawiający niezasadnie objął tajemnicą przedsiębiorstwa część oferty wykonawcy MGGP S.A. w Tarnowie. Podkreślił, że Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie oferty tego wykonawcy. W odpowiedzi na ww. wniosek Zamawiający w dniu 17 maja 2018 r. udostępnił Odwołującemu przedmiotową ofertę jednak z wyłączeniem m.in. Załącznika IB do Formularza Ofertowego. Jednocześnie Zamawiający w pkt 14.9 IDW wskazał, iż zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa nie podlegają „informacje dotyczące ceny”. Załącznik nr 1 B do Formularza Ofertowego zawierający informacje o rozbiciu ceny nie powinien zostać uznany za skutecznie objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, a wykonawca MGGP S.A. w Tarnowie nie wykazał w sposób skuteczny, aby zawartym tam informacjom można było nadać taki walor.

Odwołujący kwestionuje zasadność zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem nie spełniają one przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk. Podał, że powyższe naruszenie ma istotne znaczenie, albowiem uniemożliwia innym wykonawcom weryfikację prawidłowości obliczenia ceny przez konkurencję. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu dostępu do oferty konkurencyjnej i jej weryfikacji, albowiem oferta Odwołującego nie została dotychczas w pełni oceniona w zakresie punktowym z uwagi na jej odrzucenie, a zatem dla Odwołującego, wnoszącego niniejsze odwołanie celem przywrócenia jego oferty do postępowania i jej oceny, na chwilę obecną istotne jest porównanie oferty konkurencji, która otrzymała określoną liczbę punktów i nie została odrzucona, co może mieć znaczenie dla późniejszego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości. Odnosząc się do zarzutu pierwszego podał, że nie jest prawdziwym stwierdzenie Odwołującego, że poczynione zastrzeżenie i przygotowany wzór dokumentu załącznika nr 1A miały na celu jedynie uzyskanie poglądowych informacji, że wykonawca dokonał kalkulacji w sposób prawidłowy. Zamawiający oświadcza, iż wskazanie górnych wartości procentowych dla wynagrodzenia za nadzór nad poszczególnymi kontraktami wiązał się z ochroną interesu Zamawiającego nad manipulacjami cenowymi: oraz koniecznością dostosowania płatności za nadzór z uwzględnieniem zakresu prac wykonywanych w ramach zamówienia, charakterem nadzorowanych robót w ramach poszczególnych kontraktów, długości trwania poszczególnych okresów w ramach kontraktów, a także przede wszystkim w celu usprawnienia sposobu rozliczania z wykonawcą, który został szczegółowo opisany w § 4 wzoru umowy. Celem i intencją Zamawiającego było uniemożliwienie wykonawcom przerzucania wynagrodzenia w obrębie kontraktów oraz poszczególnych okresów realizacji usługi. Powyższe założenia mają dla Zamawiającego istotne znaczenie w kontekście przyjętej formuły realizacji zamówienia (możliwość skorzystania opcjonalnego wydłużenia okresu podstawowego oraz rozbicia wynagrodzenia wykonawcy na trzy części składowe). Podał, że Odwołujący stara się narzucić Zamawiającemu własny sposób interpretacji zapisów SIWZ, całkowicie niezgodny z przyjmowanymi założeniami, co jest działaniem nieuprawnionym i nie zasługującym na pozytywną ocenę Izby. Wskazania wymaga, iż to Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę na temat formułowanych oczekiwań, a próba podyktowania Zamawiającemu interpretacji własnych Odwołującego może prowadzić do niewłaściwych wniosków. Wskazał, że w toku postępowania żaden z wykonawców nie miał wątpliwości co do tego w jaki sposób należy wypełnić przedmiotowy dokument - w postępowaniu nie zadano pytań w tym zakresie, jak również nie skorzystano ze środków ochrony prawnej. W świetle powyższego Zamawiający



posiada ugruntowane podstawy do wywodzenia stanowiska, że wbrew twierdzeniem Odwołującego przygotowana przez niego dokumentacja przetargowa była jasna i zrozumiała, a wszelkie konsekwencje związane z nieprawidłowym sporządzeniem oferty obciążają wykonawcę. W ocenie Zamawiającego zidentyfikowana niezgodność stanowi przesłankę do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający w sposób jasny i wyraźny wyartykułował oczekiwania co do limitów procentowych wynagrodzeń netto wykonawcy dla poszczególnych kontraktów. Uchybienie temu obowiązkowi powinno mieć swoje konsekwencje w stosownych czynnościach podejmowanych przez Zamawiającego wynikających z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu drugiego podał, że nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego, która wskazuje, że Zamawiający w sposób niepełny, niejasny oraz nieprecyzyjny wskazał uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego. Podał, że na podstawie tak opisanej decyzji Zamawiającego, Odwołujący miał wystarczającą wiedzę o przyczynach odrzucenia oferty, pozwalającą mu na podjęcie właściwie ukierunkowanej obrony swoich interesów w tym postępowaniu, co też uczynił wnosząc odwołanie i stawiając zarzuty.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego nieodrżucenia oferty wybranej, jako niezgodnej z treścią postanowień SIWZ podał, że zarzut ten jest niezasadny chociażby z powodu niesprecyzowania w odwołaniu podstaw w oparciu o które oferta tegoż wykonawcy byłaby niezgodna z SIWZ. Powołane twierdzenia stanowią nie udowodnione przypuszczenia Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całości oferty MGGP SA w Tarnowie podał, że utajniony dokument ma charakter pogładowy i Zamawiający ocenił go analogicznie jak kalkulację ceny oferty. Ponadto Odwołujący nie wskazał, jaki wpływ na wynik postępowania miałyby mieć brak dostępu do żądanych informacji konkurenta, zgodnie z art. 179 Pzp. Zamawiający wskazał, iż wykonawcy upatrują interes do wniesienia odwołania w ww. zakresie w celu ewentualnego późniejszego podniesienia zarzutów zmierzających wyeliminowaniem konkurentów z postępowania, tj. w celu uzyskania danego zamówienia. W tym stanie faktycznym oferta MGGP uplasowała się na ostatniej pozycji w rankingu ofert, w związku z tym ewentualne zarzuty względem tego wykonawcy będą pozostawać bez wpływu na wynik postępowania.

Przystępujący do postępowania wykonawca ECM Group Polska S.A. ul. Rondo ONZ 1 00-124 Warszawa poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania przesłaną przez Zamawiającego, treść odwołania, pism Zamawiającego, dowodów przedstawionych na rozprawie, stanowiska stron i przystępującego podanych do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołanie jest zasadne chociaż potwierdzenie słuszności podniesionych zarzutów dotyczy tylko zarzutu pierwszego odwołania.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej w postaci odwołania.

Na wstępie rozważań Izba podkreśla, że spór w niniejszej sprawie sprowadza się do ustalenia, czy Zamawiający w sposób prawidłowy i zasadny dokonał odrzucenia oferty Odwołującego uznając w szczególności, że stwierdzonej niezgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ nie da się poprawić w trybie poprawy omyłek, a w szczególności w trybie poprawy innej omyłki o której mowa w przepisie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

Za uzasadnione, zdaniem Izby, wydaje się przeprowadzenie krótkiej analizy możliwości odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w oparciu o dotychczasowe orzecznictwo. Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 6 kc rozkład ciężaru dowodu, w razie odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym wywodzącym skutek ze swego twierdzenia o niezgodności treści oferty z SIWZ (podobny wyrok SO w Olsztynie V Ga 122/10). Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, jeśli w sposób nie budzący wątpliwości wykaże, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom.

Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych zapisów specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista.

Izba rozstrzygając o zarzutach dotyczących niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie tyle dokonuje badania oferty wykonawcy (jest to zadanie zamawiającego), co ocenia zasadność czynności odrzucenia oferty, tj. rozstrzyga, czy Zamawiający na podstawie informacji i dokumentów, jakimi dysponował, miał podstawy stwierdzić, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ (wyrok z dnia 24 lutego 2017 r. sygn.. KIO 265/17).

Stosownie do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne

omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższe brzmienie przepisu zostało nadane ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171 poz. 1058), która weszła w życie od 24 października 2008 roku. W świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa.

Podkreślić należy, że intencją ustawodawcy w zakresie dopuszczenia możliwości zmiany treści złożonej oferty było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one znaczącego zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. Istotną zmianę treści oferty poprzez dokonanie jej poprawy w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp można byłoby wywodzić jedynie w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby taką zmianę oferty w odniesieniu do jej pierwotnej treści, iż nastąpiłoby wytworzenie nowego oświadczenia woli wykonawcy, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy. Pewnym zabezpieczeniem przed dowolnością zamawiających w zakresie poprawy oferty w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp jest wprowadzenie zasady ostatecznego akceptowania przez wykonawcę dokonywanych przez zamawiającego poprawek. Oznacza to, że zamawiający dostrzegając niezgodność oferty z SIWZ dokona jej poprawienia, a na tę poprawę wykonawca musi wyrazić zgodę. Ta zgoda to wiążące wykonawcę oświadczenie jego woli, które eliminuje ryzyko nieporozumień i sporu na etapie wykonywania umowy.

W przedmiotowym postępowaniu niewątpliwym jest, że Zamawiający ustalił, iż podział ceny za całe zamówienie musi nastąpić w proporcji 70 % za zadanie nr 1 i 30% za zadanie nr 2. Za niezbędne, zdaniem Izby przed dokonaniem merytorycznej oceny podniesionych zarzutów jest podanie, iż przedmiotem zamówienia – zgodnie z pkt 2.1 IDW jest świadczenie Usługi dla zadania inwestycyjnego obejmującego oba kontrakty dla realizacji których umowa została podpisana w dniu 29 maja 2017 roku. Zakres zamówienia obejmuje zarządzanie i pełnienie nadzoru nad realizacją kontraktów w czasie realizacji robót. Istotnym jest poczynione zastrzeżenie, że w razie wątpliwości poczytuje się, że wykonawca świadczy usługę nad całością robót tj. nad wszelkimi czynnościami faktycznymi i prawnymi realizowanymi w ramach obu kontraktów. Ponadto w pkt 3.1 IDW podano, że usługa dla każdego z kontraktów będzie realizowana w jednym etapie i rozpocznie się dla obu kontraktów w terminie nie później niż 30 dni od dnia zawarcia umowy z wykonawcą robót.

Izba ustaliła, że niespornym pomiędzy stronami był fakt, iż wskazany w załączniku nr 1A do formularza ofertowego narzucony podział ceny za wykonanie usługi objętej kontraktem nr 1 i nr 2 nie ma odniesienia do rzeczywistych kosztów za wykonanie tych

kontraktów. Zamawiający ustalił w sposób sztywny, iż wynagrodzenie za Kontrakt nr 1 będzie stanowił 70% ceny ofertowej, a za Kontrakt nr 2 - 30% ceny ofertowej netto.

Powyższe zdaniem Izby, jednoznacznie wskazuje na sztuczny podział kwoty kontraktowej, gdyż nie ma on żadnego związku z rzeczywistymi kosztami wykonania każdego z kontraktów przez poszczególnych wykonawców, wynikających z indywidualnych kalkulacji opartych o zakres robót do wykonania. Zamawiający na rozprawie wskazał, że z przygotowanego założenia kwot kosztu wykonania przedmiotowych kontraktów wchodzących w przedmiot zamówienia, a ustalonych w Uchwale nr 1143 Zarządu PKP PLK S.A. z dnia 22 listopada 2016 roku to koszt wykonania obu kontraktów nie odpowiadał wymaganej proporcji, a tylko „oscylował” wokół takich kwot.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba wkraczając w ocenę możliwości poprawy kwot wskazanych w ofercie Odwołującego wskazuje, że zdaniem Izby nie wystąpi żadna różnica w cenie oferty Odwołującego po poprawieniu omyłki w stosunku do ceny oferty sprzed dokonania tej czynności, a więc sama poprawa nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia elementu treści tej oferty. Dostrzeżenia wymaga również fakt, że w wyniku poprawy omyłki nie zmienił się w żaden sposób ranking ofert złożonych w postępowaniu, nie zmienił się także przedmiot świadczenia objęty treścią oferty.

Tym samym biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, wątpliwym wydaje się zdaniem Izby, aby tak ustalony współczynnik cen za wykonanie obu kontraktów był elementem przedmiotowo istotnym zamówienia, a więc wchodził w merytoryczny zakres wymagań mogących skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt.3 Pzp. Z merytorycznym składnikiem oferty takiego podziału mielibyśmy do czynienia, gdyby przyjęte w IDW założenie było odzwierciedleniem prawidłowego i rzeczywistego odniesienia do kosztów wykonania obu kontraktów.

Przedstawiane przez Zamawiającego uzasadnienie takiego podziału, iż *„Celem i intencją Zamawiającego było uniemożliwienie wykonawcom przerzucania wynagrodzenia w obrębie kontraktów oraz poszczególnych okresów realizacji usługi”* zdaniem Izby jest niezasadne. O przerzucaniu kosztów pomiędzy: kontraktami, częściami, czy zadaniami zamówienia można by mówić wtedy, gdyby, po pierwsze, zamawiający ustalił realną granicę podziału ceny na zadania np. „nie więcej jak 70% ceny całkowitej”, a nie sztywną wartość dla każdego wykonawcy, a po drugie, gdyby takie warunkowanie wysokości ceny za dane zadanie było realne, a więc umożliwiające objęcie wyceną kontraktu wszystkich kosztów wykonania tego zadania. W tym przypadku dokonany podział abstrahuje od rzeczywistych kosztów wykonania danego kontraktu. Ponadto jak wyżej wskazano oba kontrakty będą realizowane w na podstawie jednej umowy i co do zasady w jednym terminie, z zastrzeżeniem, że czas ich realizacji Kontraktu 1 będzie dłuższy. Nadto Zamawiający w pkt

13.2 wskazał, że ustalony podział nie będzie stanowić podstawy dokonywania płatności, ale ma charakter informacyjny dla Zamawiającego. Elementy oferty mające dla Zamawiającego znaczenie czysto informacyjne, nie stanowią części merytorycznej mogącej skutkować niezgodnością treści oferty z SIWZ.

Jednakże niewątpliwym jest, że wymaganie co do kwot netto dla poszczególnych kontraktów zostało w SIWZ ustalone. Rozbieżność kwot w ofercie Odwołującego dla każdego z kontraktów powoduje niezgodność treści oferty z wymaganiami IDW. Odrzucenie oferty w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp jest możliwe wtedy, gdy zostanie stwierdzona niezgodność „treści” oferty z „treścią” SIWZ i niezgodności tej nie można poprawić w trybie wskazanym w art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Podstawą odrzucenia oferty może być tylko jednoznacznie wykazana niezgodność czy też sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji, a nie sama ocena odwołującego i nieodokreślony stopień „nieodpowiadania” oferty wymogom SIWZ” (sygn. akt KIO/UZP 110/09).

Oceniając powyższe Izba uznała, że brak jest w przedmiotowym stanie faktycznym jakichkolwiek przeszkód możliwości poprawy kwot za wykonanie Kontraktu nr 1 i 2 tak, aby kwoty te odpowiadały odpowiednio 70 i 30% kwoty netto wskazanej w formularzu ofertowym. Poprawa taka jest możliwa w trybie poprawy innej omyłki. Ustalony sposób poprawy winien być przedłożony wykonawcy do akceptacji, a jego oświadczenie w tym zakresie stanowi treść, którą jest zobowiązany, jak treścią swojej oferty.

W sytuacji kiedy dokonany w SIWZ podział kosztów wykonania kontraktu nr 1 i 2 ma niewątpliwie sztuczny charakter, a ponadto podział ten nie ma żadnego wpływu na zaoferowaną cenę za wykonanie zamówienia, to obojętnym jest dla treści oferty w jaki sposób i na jakim etapie podział tej ceny nastąpi. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, sposób ustalenia ceny był bardzo jednoznacznie określony i został on w ofercie Odwołującego niewątpliwie zachowany. Zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował ustalonej w ofercie Odwołującego ceny za wykonanie zamówienia. Natomiast podział zamówienia na kontrakty i postawienie wymogu sztucznego podziału ceny ofertowej na ceny za każdy kontrakt, ma niewątpliwie dla treści tej oferty znaczenie drugorzędne. Ponadto jeśli chodzi o tzw. współczynnik N i W mający służyć do obliczenia ceny kontraktów to niewątpliwym jest, że Zamawiający znał te współczynniki określone przez Odwołującego na etapie składania ofert i mógł je zastosować.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania Izba wskazuje, że tworzenie przez Zamawiającego wymagań w postaci potrzeby stosowania szeregu wzorów matematycznych i współczynników nie mających merytorycznego odniesienia do treści oferty, a w szczególności ustalenia ceny ofertowej należy ocenić negatywnie. Zdaniem Izby, uszło uwadze Zamawiającemu, że tworzenie wszelkiego rodzaju barier przy sporządzaniu oferty

stanowi naruszenie jednej z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. naruszenia zasady dostępności zamówienia dla każdego wykonawcy zdolnego do jego wykonania. Tutaj taką barierą niewątpliwie było wymaganie takiego sporządzenia oferty, aby idealnie kwota ceny netto zamówienia za kontrakty rozkładała się w proporcjach 70 i 30 %.

Jak wskazał Odwołujący „zamawiający nie wskazał w instrukcji dla wykonawców, na którym etapie wyliczenia ceny ma nastąpić jej podział tak, aby zachowana była wymagana proporcja”. Nadto podał, że „w oparciu o przedstawiony przez zamawiającego sposób liczenia i podane wzory matematyczne brak było możliwości wywiedzenia, że inny sposób liczenia spowoduje sytuację, że te proporcje będą zachowane”. Powyższe nie zostało w sposób skuteczny wykazane jako niezasadne przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający poprzez niezastosowanie przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp dopuścił się naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty tego wykonawcy, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Przechodząc do dalszych rozważań Izba stwierdza, że pozostałe zarzuty odwołania zostały oddalone przez Izbę jako niezasadne. W zakresie zarzutów nieuwzględnionych co do zasady, Izba akceptuje i uznaje za swoje stanowisko Zamawiającego podane w pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Niezasadność zarzutu nieodrzczenia oferty wykonawcy ACM Grup wynika w pierwszej kolejności z tego, że z uzasadnienia podanego dla tego zarzutu nie da się wywieść na czym niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ miałyby polegać. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego podanego na rozprawie, Izba uznaje za zasadne przedstawione stanowisko Zamawiającego w którym wskazał, że zastrzeżenia Odwołującego dotyczące zał. Nr 2B formularza ofertowego nie uprawniają do wysuwania możliwości odrzucenia oferty z powodu wystąpienia tam pewnych nieścisłości, gdyż jak wskazano w pkt. 13.2 IDW dane zawarte w załączniku 2B są informacjami poglądowymi i tym samym nie mogą służyć do stwierdzenia niezgodności z ofertą.

Również za niezasadny Izba uznała zarzut, iż Zamawiający w sposób niewystarczający wskazał w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego podstawy faktyczne i prawne odrzucenia. Niewątpliwym jest, że podstawy te przez Zamawiającego zostały wskazane, a Odwołujący nie wykazał, iż taki zakres wskazanej podstawy faktycznej i prawnej utrudnił czy też uniemożliwił Odwołującemu złożenie środka ochrony prawnej w postaci odwołania do KIO.

W kolejnym zarzucie Odwołujący kwestionował czynność Zamawiającego odnoszącą się do nieudostępnienia załącznika nr 1B zawierającego szczegółową kalkulację zaoferowanej ceny przez wykonawcę MGGP S.A. w Tarnowie. Izba dokonując oceny tego

zarzutu stwierdziła, że wykonawca MGGP w sposób wystarczający uzasadnił potrzebę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści tego załącznika.

Izba nie dokonywała oceny treści tego załącznika pod kątem zasadności dokonanego zastrzeżenia, gdyż dokonując oceny sytuacji faktycznej wykonawców w tym postępowaniu – po uwzględnieniu orzeczenia w tej sprawie, Izba uznała, że Odwołujący nie posiada żadnego interesu w uzyskaniu treści zawartych w załączniku 1B wykonawcy MGGP S.A.

Izba podkreśla, że niezasadnym jest utożsamianie interesu we wniesieniu odwołania z interesem w podnoszeniu każdego z zarzutów, tzn., że jeżeli jeśli wykonawca wykaże interes we wniesieniu odwołania to tym samym należy przyjąć, że wykazał interes w rozstrzygnięciu przez Izbę każdego z podniesionych zarzutów. Dla wykazania interesu we wniesieniu odwołania wystarczającym jest wykazanie posiadania interesu chociażby w odniesieniu do jednego zarzutu i jego ewentualnym wpływie na wynik postępowania. Powyższe nie uzasadnia możliwości uznania, że Odwołujący ma interes w podnoszeniu wszystkich zarzutów ujętych w odwołaniu, a tym samym potrzeby ich rozpoznawania przez Izbę. W przedmiotowym postępowaniu, oferta wykonawcy MGGP została po dokonanej ocenie ofert skasyfikowana na ostatnim miejscu w rankingu ofert. Cena tej oferty przekracza o ponad dwa miliony złotych zarówno budżet Zamawiającego jak i wartość poprzedzającej ją oferty, a tym samym w żaden sposób nie może w tym stanie faktycznym zagrażać ofercie Odwołującego i mieć jakkolwiek wpływ na wynik postępowania.

Tym samym Izba uznała, że Odwołujący nie posiada interesu w podnoszeniu tego zarzutu i dlatego zarzut ten podlega oddaleniu bez potrzeby jego merytorycznego rozpoznawania. To Odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia w zakresie podnoszonych zarzutów.

W wyroku SO w Poznaniu z 15 maja 2015 r. sygn. akt X Ga 85/15 stwierdził, że „zarzuty odwołania mają zatem na celu wykazanie zasadności twierdzeń odwołującego odnośnie niezgodności z ustawą Pzp zaskarżonych czynności zamawiającego i wykazanie potencjalnej możliwości uzyskania przez odwołującego zamówienia w danym postępowaniu”. Nadto podał, że „kwestia zarzutów kierowanych wobec oferty mniej korzystnej, aniżeli oferta Odwołującego musi być rozważana przez pryzmat wpływu na wynik postępowania, którego wymaga dla uwzględnienia odwołania przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp”.

Również KIO w wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 r. (sygn. KIO 1683/12) wskazała, „iż nie można akceptować sytuacji, kiedy odwołujący wnosząc odwołanie i podnosząc zarzut, co do którego niewątpliwie posiada interes w rozumieniu art 179 ust 1 p.z.p., "podpina" pod niego szereg innych zarzutów w stosunku do wykonawcy czy wykonawców, których oferty w żaden sposób nie zagrażają jego interesowi w uzyskaniu zamówienia”.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 Pzp Izba uznała jego niezasadność, gdyż Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający w sposób odmienny- mniej korzystny oceniał jego ofertę w porównaniu z ofertami innych wykonawców. Za wyrokiem SO w Krakowie z dnia 8 maja 2014 r. sygn. XII Ga 211-14 wskazać należy, że przestrzeganie zasady z art. 7 ust.1 Pzp polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji faktycznej, nie zaś na jednakowej ocenie złożonych ofert.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....