

Sygn. akt: KIO/UZP 336 /10

Sygn. akt: KIO/UZP 337 /10

WYROK
z dnia 29 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

**Członkowie: Agata Mikołajczyk
Aneta Mlącka**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2010 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki "MIKRONIKA" ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań,**
- B. Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki "MIKRONIKA" ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań,**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna** protestów:

A. z dnia 12 lutego 2010 r.

B. z dnia 12 lutego 2010 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje:

A. unieważnienie czynności dokonanych poprawek w ofercie Konsorcjum firm: Sprecher Automation Polska Sp. z o.o., Sprecher Automation GmbH i powtórzenie czynności oceny ofert w części V zamówienia,

B. unieważnienie czynności dokonanych poprawek w ofercie Przedsiębiorstwo Wdrożeń Postępu Technicznego Elkomtech S.A. i powtórzenie czynności oceny ofert w części VII zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A. ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki "MIKRONIKA", ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań,**

B koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki "MIKRONIKA" ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań,**

2) dokonać wpłaty kwoty **8 622 zł 94 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćset dwadzieścia dwa złote, dziewięćdziesiąt cztery grosze) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A kwoty **4 311 zł 47 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta jedna złote, czterdzieści siedem groszy) przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna** na rzecz **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki "MIKRONIKA" ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań,**

stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów postępowania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie,

B kwoty **4 311 zł 47 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta jednaście złotych, czterdzieści siedem groszy) przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna** na rzecz **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki "MIKRONIKA" ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów postępowania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie,

3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

A kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx

B kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx

4) dokonać zwrotu kwoty **25 556 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki "MIKRONIKA" ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań**,

B kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki "MIKRONIKA" ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań**.

U z a s a d n i e n i e

Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej prowadzi postępowanie w sprawie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu ograniczonego na „Wdrożenie Systemu Sterowania i nadzoru (SSiN) w 8 stacjach PSE Operator S.A. (Cieplice, Dunowo, Lublin, Narew, Płock, Ząbkowice, Żukowice, Żarnowiec)

oraz Systemu Ochrony Technicznej (SOT) w stacji Dunowo". Zamówienie zostało podzielone na osiem części, stosownie do lokalizacji stacji. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2009/S 95 -136949 w dniu 19 maja 2009 r.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami) w brzmieniu sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W dniu 2 lutego 2010 r. odwołujący Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONiKA” otrzymał od zamawiającego zawiadomienie o poprawieniu omyłki w ofercie wykonawcy Przedsiębiorstwo Wdrożeń Postępu Technicznego Elkomtech S.A. (zwanego dalej Elkomtech S.A.) oraz o poprawieniu omyłek w ofercie Konsorcjum firm: Sprecher Automation Polska Sp. z o.o., Sprecher Automation GmbH (zwanego dalej Konsorcjum Sprecher). W zawiadomieniach zamawiający wyjaśnił, że w oparciu o wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2010r. zobowiązujący zamawiającego do badania możliwości uznania niezgodności polegających na innej niż wymagana liczbie sterowników polowych w tabeli cenowej, jako omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, które po poprawieniu i uwzględnieniu konsekwencji rachunkowych doprowadzą treść oferty do zgodności z siwz, oferta Elkomtech S.A. została poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Błędy poprawione przez zamawiającego dotyczyły zmiany treści wiersza 2 podpunkt d) Tabeli cenowej dotyczącej Części (Pakietu) VII SE 400/110 kV Żarnowiec, Czymanowo, 84-250 Gniewino i polegały na zmianie liczby sterowników: z 36 do 37, ceny jednostkowej sterowników: z kwoty 21.600,00 zł do kwoty 21.016,22 zł oraz łącznej ceny z tytułu sterowników pola, systemów centralnych: z kwoty 777.600,00 zł do kwoty 777.600,14 zł. W oparciu o ww. wyrok KIO, oferta Konsorcjum Sprecher także została poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Omyłki poprawione przez zamawiającego dotyczyły zmiany treści wiersza 2 podpunkt d) oraz wiersza 3 podpunkt a) Tabeli cenowej dotyczącej Części (Pakietu) V SE 400/110 kV Płock, Kruszcowo 15, 09-412 Proboszczewice i polegały na zmianie ilości sterowników: z 9 szt. do 13 szt. i szaf SSiN: z 14 szt. do 16 szt. oraz cen jednostkowych, w przypadku sterowników: z kwoty 31.000,00 zł do kwoty 21. 461,54 zł, w przypadku szaf SSiN: z kwoty 4.000,00 zł do kwoty 3.500,00 zł.

Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONiKA” wniosła dwa odrębne protesty wobec powyższych czynności zamawiającego, podnosząc, że zamawiający dokonał poprawek w ofercie Elkomtech S.A.

i ofercie Konsorcjum Sprecher w sposób sprzeczny z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Poprawione błędy w ocenie odwołującego nie stanowią „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący zażądał odpowiednio w złożonych protestach unieważnienia ww. czynności, odrzucenia oferty Elkomtech S.A. oraz odrzucenia oferty Konsorcjum Sprecher - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca wskazał, że w wyroku z dnia 18 stycznia 2010 r. (KIO/UZP 1689/09, KIO/UZP 1691/09) Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania ofert. W uzasadnieniu wyroku wyjaśniono, że oferta Elkomtech S.A., w zakresie części VII zamówienia, jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem Elkomtech S.A. w tabeli cenowej wskazał mniejszą niż minimalna i wynikająca z siwz ilość sterowników. KIO zaleciła zbadanie przez zamawiającego możliwości uznania powyższej niezgodności za inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i ewentualne jej poprawienie lub odrzucenie oferty Elkomtech S.A. w oparciu o treść art. 89 ust 1 Pzp. Wskazał, że KIO nie przesadziła, czy niezgodność oferty Elkomtech S.A. z siwz może podlegać poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a jedynie wskazała na konieczność rozważenia takiej możliwości, którą zamawiający musi mieć zawsze na uwadze w przypadku niezgodności oferty z siwz. Zdaniem odwołującego w przedmiotowej sprawie nie wystąpiły przesłanki do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dla usunięcia niezgodności oferty Elkomtech S.A. z siwz.

Odwołujący wskazał, że zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest uwarunkowane wskazanymi w tym przepisie przesłankami, które w przedmiotowej sprawie nie zaistniały.

Aby zamawiający mógł usunąć niezgodność oferty z siwz w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp to niezgodność musi mieć charakter omyłki. Nie można mówić o omyłce, gdy niezgodność jest wynikiem świadomego i celowego działania wykonawcy, który stwierdza, że wszystkie dane w ofercie są prawidłowe. Wykonawca Elkomtech S.A. w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu (pismo z dnia 27 października 2009 r.) jednoznacznie stwierdził, iż jego oferta jest zgodna z siwz i potwierdził zaoferowanie określonej w ofercie liczby sterowników. W licznych oświadczeniach złożonych w ofercie wykonawca potwierdzał, iż uwzględnił wszystkie wymagania siwz.

Nawet gdyby uznać, iż niezgodność oferty Elkomtech S.A. z siwz ma charakter omyłki, to nie stanowiła ona „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis powyższy dopuszcza bowiem poprawianie przez zamawiającego wyłącznie omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Tymczasem zmiana dokonana w treści oferty Elkomtech S.A. przez zamawiającego jest zmianą istotną. Treść, która została przez zamawiającego zmieniona stanowi treść oferty

(potwierdziła to KIO orzekająca w niniejszej sprawie w dniu 18 stycznia 2010 r.), a nadto jest to treść o znaczeniu istotnym, a nie wyłącznie pomocniczym. Tabela cenowa jest bowiem integralną częścią oferty, jej istotnym elementem, ponieważ stanowi jeden z załączników (Załącznik nr 2) do umowy określającej szczegółowy ilościowy i rzeczowy zakres dostaw. Zastosowanie co najmniej minimalnej podanej liczby sterowników do realizacji zamówienia było istotnym wymaganiem zamawiającego wynikającym z jego potrzeb technologicznych.

Odwołujący wskazał ponadto, że w orzecznictwie KIO wyjaśnia się co prawda, że ocena istotności zmian w ofercie dokonywana być musi na podstawie indywidualnych okoliczności sprawy, jednakże istnieją przesłanki, pozwalające na odróżnienie istotnych zmian w ofercie od zmian nieistotnych. Między innymi KIO podkreśla, że „Za istotną treść oferty należy przyjąć te zobowiązania wykonawcy, przyjęte w ofercie, które są określone w sposób skonkretyzowany i niezmienny, takiego charakteru nie mają terminy wykonania poszczególnych etapów robót składających się na przedmiot zamówienia, gdy są one zależne od warunków pogodowych, współdziałania zamawiającego w udostępnieniu placu budowy i wywiązania się z realizacji prac przez innego wykonawcę części tej samej inwestycji, warunkujących prowadzenie robót (wyrok KIO z dnia 29 października 2009 r., KIO/UZP 1326/09, LEX nr 529656). Wobec powyższego, zmiana dokonana przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu to istotna zmiana treści oferty, albowiem zmiana ta dotyczy zobowiązań wykonawcy, które są określone w sposób skonkretyzowany i niezmienny.

Odwołujący podkreślił, iż poprawienie omyłki nie może tworzyć nowej oferty lub jej wariantu. Zamawiający dokonując poprawy omyłki, może tylko zmienić treść oferty na taką, która istniałaby, gdyby omyłki nie popełniono. Poprawa omyłki, która prowadzi do powstania oferty o treści innej, niż istniałaby, gdyby omyłki nie popełniono, jest niedopuszczalna, albowiem prowadzi w istocie do stworzenia nowej oferty, i to przez zamawiającego, a nie przez wykonawcę, co narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

Dodatkowo zamawiający nie miał uprawnienia do arbitralnej zmiany danych ilościowych i cenowych dotyczących zobowiązania wykonawcy w ofercie. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że „Dopuszczona art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp możliwa ingerencja w treść oferty może być możliwa jedynie w przypadku, gdy poprawa dokonana przez zamawiającego nie będzie prowadziła do zmiany zaoferowanego przez wykonawców świadczenia” (wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r., KIO/UZP 267/08, LEX nr 494480). Tymczasem zmiana ilości sterowników w ofercie Elkomtech S.A. stanowi zmianę w zakresie zaoferowanego świadczenia. Zamawiający zaskarżoną czynnością nie zmienił co prawda charakteru świadczenia Elkomtech S.A., jednakże w sposób istotny rozszerzył jego zakres.

Odwołujący podniósł także, że zakaz dokonywania przez zamawiającego zmian w zaoferowanym przez wykonawców świadczeniu nie został w przepisach prawa

uzależniony od zakresu zmiany (jej rozmiarów). Treść przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie daje podstawy do określania w sposób arbitralny arytmetycznych granic kwotowych bądź ilościowych pozwalających na uznanie omyłki za podlegającą poprawieniu. Tym samym każda ingerencja w oferowane świadczenie jest zakazana. Wobec powyższego zmiana zakresu konkretnego świadczenia nawet o jeden element winna być uznana za istotną, a w konsekwencji niedopuszczalną.

Ponadto, jedynym podmiotem, który może wskazać w ofercie cenę za realizację przedmiotu zamówienia lub jego części jest wykonawca. Tymczasem zamawiający dokonując zmiany liczby sterowników, dokonał arbitralnej zmiany ceny jednostkowej sterowników oraz zmiany ceny z tytułu sterowników pola, systemów centralnych, a tym samym ceny oferty. Zdaniem odwołującego w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie wskazano, że w przypadku poprawiania „omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją” poprawia się również ich konsekwencje rachunkowe. Tymczasem zamawiający poprawiając w ofercie Elkomtech S.A. liczbę urządzeń dokonał zmiany cen jednostkowych oraz zmiany ceny oferty.

Wskazał, że niedopuszczalne na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest dokonywanie takich poprawek, których treść powinna być - ze względu na ich złożoność i nieposiadanie przez zamawiającego wystarczających danych - uzgadniana z wykonawcą. Zamawiający może na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dokonywać poprawek omyłek, które są możliwe do poprawienia bez konieczności uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień od wykonawcy i bez jego udziału w tej czynności. Poprawki, których dokonał zamawiający, nie mogły być dokonane bez porozumienia z Elkomtech S.A. Z żadnej bowiem części oferty nie wynika, jaka liczba sterowników - zamiast podanej w tabeli - została podana w ofercie przez wykonawcę dla poprawnej realizacji zamówienia. Ponadto, zamawiający podał liczbę minimalną sterowników, a nie liczbę wymaganą. To zadaniem wykonawcy było przedstawienie w ofercie ilości sterowników potrzebnych do realizacji zamówienia, czego - jeśli przyjąć, że podana w ofercie liczba jest omyłkowa - nie uczynił. W okolicznościach tej sprawy nie ma żadnych przesłanek dla ustalenia z treści oferty i siwz, czy dla realizacji zamówienia przez Elkomtech S.A. wystarczy minimalna ilość sterowników, czy też konieczna jest inna, większa liczba. Zamawiający nie może zastąpić wykonawcy w określeniu właściwej liczby sterowników. Wykonawca w ofercie nie wskazał, jakie sterowniki zastosuje, jakiej produkcji, o jakiej ilości wejść, wyjść, a brak takich informacji nie pozwala zamawiającemu na żadne własne ustalenia w celu samodzielnego poprawienia omawianej omyłki.

Zamawiający nie ma także żadnych podstaw do prawidłowego ustalenia cen jednostkowych i ceny oferty. Pole „Sterowniki pola, systemów centralnych” wskazane w Tabeli cenowej dotyczącej Części (Pakietu) VII SE 400/110 kV Żarnowiec, których ilość i cena jednostkowa zostały przez zamawiającego zmienione, nie jest kategorią jednorodną

i zawiera w sobie różne rodzaje sterowników. Każdy z tych rodzajów ma inną wartość. Tym samym zmiana przez zamawiającego ceny jednostkowej - będącej w rzeczywistości wyłącznie średnią cen jednostkowych - wymagałaby porozumienia z wykonawcą. Bez uzgodnienia z wykonawcą zamawiający nie mógł również ustalić, czy nie wystąpiły ewentualne omyłki w innych pozycjach tabeli, pozostających w ścisłym związku z pozycjami poprawionymi. Dla przykładu, czy zwiększenie liczby sterowników nie skutkuje potrzebą zwiększenia materiału do instalacji lub nakładu pracy.

Niezgodność poprawiona przez zamawiającego była zatem tego rodzaju, że jej poprawienie wymagało wiedzy szczególnej (znajomości cen jednostkowych poszczególnych rodzajów sterowników), a tej wiedzy zamawiający, nie kontaktując się z wykonawcą, nie mógł posiadać. Zdaniem odwołującego, poprawiając ofertę Elkomtech S.A. zamawiający w istocie zasugerował wykonawcy liczbę urządzeń (przy jednoczesnym zmniejszeniu ich ceny jednostkowej). Takie działanie zamawiającego uznać należy za niedopuszczalne.

W uzasadnieniu drugiego protestu odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 18 stycznia 2010 r. wyjaśniono również, że oferta Konsorcjum Sprecher w zakresie części V zamówienia jest niezgodna z treścią siwz, albowiem wykonawca w tabeli cenowej wskazał mniejszą niż minimalna i wynikająca z siwz ilość szaf i sterowników. KIO zaleciła zbadanie przez zamawiającego możliwości uznania powyższej niezgodności za inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i ewentualne poprawienie omyłki lub odrzucenie oferty Konsorcjum Sprecher w oparciu o art. 89 ust 1 Pzp.

Odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał poprawy treści ww. oferty pomimo, iż niezgodność oferty Konsorcjum Sprecher z siwz nie stanowiła „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” w rozumieniu ww. przepisu, a w konsekwencji złożona oferta podlegać winna odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący zauważył, iż KIO w wyroku z dnia 18 stycznia 2010 r. nie przesadziła, czy niezgodność oferty Konsorcjum Sprecher z siwz może podlegać poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a jedynie wskazała na konieczność rozważenia takiej możliwości. Zdaniem odwołującego w przedmiotowej sprawie nie wystąpiły przesłanki do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dla usunięcia niezgodności oferty Konsorcjum Sprecher z siwz. Odwołujący wskazał ma przesłanki zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, które w przedmiotowej sprawie nie zaistniały.

Skoro Konsorcjum Sprecher w wyjaśnieniach do oferty przekazanych zamawiającemu na jego żądanie w piśmie z dnia 15 września 2009 r. jednoznacznie stwierdziło, iż zaoferowało 10 sterowników, w tym 1 sterownik centralny (co - jak się okazało - było sprzeczne z wymogami siwz), co potwierdzone zostało także w przystąpieniu do

postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu (pismo z dnia 26 października 2009 r.), to powyższe oznacza, iż podanie w ofercie liczby sterowników było świadomym działaniem Konsorcjum Sprecher, a nie jego omyłką. Ponadto w licznych oświadczeniach złożonych w ofercie wykonawca potwierdził, iż uwzględnił wszystkie wymagania siwz.

Nawet gdyby uznać, iż niezgodność oferty Konsorcjum Sprecher z siwz miała charakter omyłki, to nie stanowiła ona omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zmiana dokonana w treści oferty Konsorcjum Sprecher w wyniku czynności zamawiającego jest zmianą istotną. Treść, która została przez zamawiającego zmieniona stanowi treść oferty, której znaczenie jest istotne, a nie wyłącznie pomocnicze. Tabela cenowa jest bowiem integralną częścią oferty i jej istotnym elementem, stanowiąc jeden z załączników do umowy określającej szczegółowy ilościowy i rzeczowy zakres dostaw. Zastosowanie co najmniej minimalnej podanej liczby szaf i sterowników do realizacji zamówienia było istotnym wymaganiem zamawiającego wynikającym z jego potrzeb technologicznych. Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie KIO przyjmuje się, że ocena istotności zmian w ofercie dokonywana być musi na podstawie indywidualnych okoliczności, jednakże są pewne zasadnicze przesłanki, pozwalające na odróżnienie istotnych zmian w ofercie od zmian nieistotnych.

Zdaniem wykonawcy zmiana dokonana przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest zmianą istotną, albowiem dotyczy zobowiązań wykonawcy, które są określone w sposób skonkretyzowany i niezmienny (niezależne od warunków zewnętrznych). Dokonana poprawka prowadzi do powstania oferty o treści innej, niż istniałaby, gdyby omyłki nie popełniono i do stworzenia nowej oferty, dodatkowo przez zamawiającego, a nie przez wykonawcę, co narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

Ponadto, poprawki dokonane w ofercie Konsorcjum Sprecher uznane być winny za istotne również ze względu na ich niebagatelny zakres. Jak wynika bowiem z zawiadomienia przesłanego przez zamawiającego, zamawiający zmienił ilość oferowanych sterowników z 9 do 13 (o 44.44%) oraz szaf SSiN z 14 do 16 (o 14.3%). Poprawienie omyłki skutkowało istotną zmianą cen jednostkowych wskazanych przedmiotów (w przypadku sterowników: z 31.000,00 zł do 21.461,54 zł (czyli o 30.77%). w przypadku szaf SSiN: z 4.000,00 zł do 3.500,00 zł (czyli o 12.5%).

Wykonawca podkreślił, że zamawiający nie miał uprawnienia do arbitralnej zmiany danych ilościowych i cenowych dotyczących zobowiązania wykonawcy. Zmiana ilości szaf i sterowników, jaką Konsorcjum Sprecher zobowiązuje się dostarczyć, stanowi zmianę w zakresie zaoferowanego przez niego świadczenia. Zamawiający zaskarżoną czynnością nie zmienił co prawda charakteru świadczenia Konsorcjum Sprecher, jednakże w sposób istotny rozszerzył jego zakres.

Wskazał również, że zakaz dokonywania zmian w zaoferowanym przez wykonawców świadczeniu nie został w przepisach prawa uzależniony od zakresu tej zmiany (jej rozmiarów). Tym samym każda ingerencja w zaoferowane świadczenie jest zakazana. Przyjmując, że dopuszczalne są niewielkie zmiany w zaoferowanym świadczeniu, należałoby stanowczo wskazać, że z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Zmiana dokonana przez zamawiającego w ofercie Konsorcjum Sprecher jest zmianą znaczną i istotną.

Podkreślił, że jedynym podmiotem, który może wskazać w ofercie cenę za realizację przedmiotu zamówienia lub jego części jest wykonawca. Tymczasem zamawiający dokonując zmiany liczby sterowników, dokonał arbitralnej zmiany ceny jednostkowej szaf i sterowników. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie przewiduje w przypadku poprawiania omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją uwzględnienia ich konsekwencji rachunkowych. Zamawiający nie ma więc podstaw do uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Niedopuszczalne na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest dokonywanie poprawek, których treść powinna być - ze względu na ich złożoność i nieposiadanie przez zamawiającego wystarczających danych - uzgadniana z wykonawcą. Zamawiający może na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dokonywać poprawek jedynie takich omyłek, które są możliwe do poprawienia bez konieczności uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień od wykonawcy i bez jego udziału w tej czynności. Poprawki, których dokonał zamawiający, nie mogły być dokonane bez porozumienia z Konsorcjum Sprecher. Z żadnej bowiem części oferty nie wynika, jaka liczba szaf i sterowników - zamiast podanej w tabeli - zostałaby podana w ofercie przez wykonawcę dla poprawnej realizacji zamówienia. Podkreślił, że zamawiający podał liczbę minimalną szaf i sterowników, a nie liczbę wymaganą. To zadaniem wykonawcy było przedstawienie w ofercie ilości szaf i sterowników potrzebnych przez niego do realizacji zamówienia, czego - jeśli przyjąć, że podana w ofercie liczba jest omyłkowa - nie uczynił. W treści oferty nie ma przesłanek dla ustalenia czy dla realizacji zamówienia przez Konsorcjum Sprecher wystarczy minimalna ilość szaf i sterowników, czy też konieczna jest inna, większa ich ilość. Zamawiający nie może zastąpić wykonawcy w określeniu liczby potrzebnych szaf i sterowników dla zrealizowania zamówienia, którą należało uwzględnić w ofercie i wykazać w tabeli cenowej. Prawidłowa liczba jest bowiem uwarunkowana możliwościami technicznymi oferowanych wyrobów. Wykonawca w ofercie nie wskazał, jakie urządzenia zastosuje, jakiej produkcji, o jakiej ilości wejść, wyjść. Brak takich informacji w ofercie nie pozwala zamawiającemu na żadne własne ustalenia dla ewentualnego samodzielnego poprawienia omyłki w zaoferowanej ilości szaf i sterowników.

Zamawiający nie ma podstaw do prawidłowego ustalenia cen jednostkowych. Pole „Sterowniki pola, systemów centralnych” wskazane w Tabeli cenowej dotyczącej Części

(Pakietu) V SE 400/110 kV Płock, których ilość i cena jednostkowa zostały przez zamawiającego zmienione, nie jest kategorią jednorodną i zawiera w sobie różne rodzaje sterowników. Każdy z tych rodzajów ma inną wartość. Tym samym zmiana ceny jednostkowej sterowników wymagałaby porozumienia z wykonawcą. Bez uzgodnienia z wykonawcą zamawiający nie mógł też ustalić, czy nie wystąpiły ewentualne omyłki również w innych pozycjach tabeli, pozostających w ścisłym związku z pozycjami poprawionymi.

Niezgodność poprawiona przez zamawiającego była zatem tego rodzaju, że jej poprawienie wymagało wiedzy szczególnej, a tej wiedzy zamawiający nie mógł posiadać. Wskazał, iż poprawiając ofertę Konsorcjum Sprecher zamawiający zasugerował wykonawcy liczbę urządzeń wpisaną przez niego przy poprawianiu oferty, które to działanie uznać należy za niedopuszczalne.

Zamawiający odrzucił oba protesty. W uzasadnieniu podał, że dokonanie czynności poprawienia oferty Elkomtech S.A. i oferty Konsorcjum Sprecher w oparciu o art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp zostało nakazane zamawiającemu wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1689/09, KTO/UZP 1691/09. KIO po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych przez odwołującego na wybór oferty najkorzystniejszej w części V i VII zamówienia orzekła, iż uwzględnia odwołania i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Zamawiający stwierdził, że wypowiadając się w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności wymaganej liczby sterowników przez Elkomtech S.A. Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący niezgodności treści oferty Elkomtech SA. w części VII zamówienia z treścią siwz potwierdził się i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Wykonując wyrok zamawiający związany jest nie tylko sentencją wyroku, ale także jego uzasadnieniem. W wyroku Izba po gruntownej analizie stanu faktycznego wskazała, iż: „Stosownie do treści art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, skutkującą odrzuceniem oferty można stwierdzić wówczas, gdy oferta nie może podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp.” W wyroku Izba stwierdziła również, że odwołanie jest uwzględnione, gdyż zamawiający nie przeprowadził badania treści oferty pod względem zastosowania procedury określonej w art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, „W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że oferta została wybrana jako najkorzystniejsza z naruszeniem art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, który zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty niezgodnej z treścią siwz, z zastrzeżeniem że niezgodność niepowodująca istotnych zmian w treści oferty podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust 2 pkt 3. W tym zakresie zamawiający jest zobowiązany do powtórzenia czynności badania ofert.”

Działając w oparciu o wyrok KIO zamawiający biorąc pod uwagę zastosowanie obowiązkowej instytucji poprawy omyłki polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści

oferty dokonał powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Wykonując wyrok KIO, zamawiający stosownie do dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprawił w ofercie Elkomtech S.A. niezgodności w tabeli cenowej polegające na innej niż wymagana w siwz liczbie sterowników polowych w tabeli cenowej jako omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, które po poprawieniu i uwzględnieniu konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek doprowadziły treść oferty do zgodności z siwz.

Dokonana przez zamawiającego poprawa dotyczy minimalnej ilości sterowników ujętych w tabelach cenowych, oraz obejmuje konsekwencje rachunkowe omyłki wykonawcy, przy uwzględnieniu ryczałtowego charakteru ceny oferty. Nie można omyłki tego typu uznać za omyłkę istotną, gdyż miała ona charakter marginalny, a jej poprawienie nie doprowadziło do zmiany istotny zobowiązania wykonawcy. Wykonawca bowiem zobowiązał się do wykonania sytemu zgodnie ze wszystkimi wymaganiami siwz za określoną cenę ryczałtową. Zaś dane zawarte w tabelach cenowych miały charakter pomocniczy, uzupełniający i jako takie mogły być poprawione jako omyłka nieistotnie ingerująca w treść zobowiązania.

Wykonując wyrok KIO zamawiający poprawił także w ofercie Konsorcjum Sprecher niezgodności w tabeli cenowej polegające na innej niż wymagana w siwz liczbie sterowników polowych oraz szaf w tabeli cenowej, jako omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, które po poprawieniu i uwzględnieniu konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek doprowadziły treść oferty do zgodności z siwz. Dokonana poprawa dotyczy minimalnej ilości sterowników oraz szaf ujętych w tabelach cenowych, oraz konsekwencje rachunkowe omyłki ryczałtowego charakteru ceny oferty. Nie można omyłki tego typu uznać charakter marginalny, a jej poprawienie nie doprowadziło do zmiany treści oferty. Wykonawca zobowiązał się do wykonania systemu zgodnie ze wszystkimi wymaganiami siwz za określoną cenę ryczałtową. Zaś dane zawarte w tabelach cenowych miały charakter pomocniczy, uzupełniający i jako takie mogły być poprawione jako że omyłka nieistotnie ingerowała w treść zobowiązania.

W związku z powyższym zamawiający uznał, że protesty, stosownie do art. 181 ust 6 Pzp, podlegają odrzuceniu.

Odwołujący wniósł odwołania od rozstrzygnięcia obu protestów przez zamawiającego.

A. Sygn. akt: KIO/UZP 336 /10,

W odwołaniu wykonawca zarzucił naruszenie art. 180 ust. 7 i art. 181 ust. 6 Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie protestu, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez dokonanie poprawek w ofercie Elkomtech S.A. w sposób sprzeczny z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz wniósł o:

- 1) stwierdzenie bezpodstawności i bezprawności odrzucenia protestu i nakazanie zamawiającemu jego merytorycznego rozstrzygnięcia albo dokonanie rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą,
- 2) unieważnienie czynności, polegającej na poprawieniu w ofercie Elkomtech S.A. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp błędu w Tabeli cenowej
- 3) nakazanie odrzucenia oferty Elkomtech S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
- 4) nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 5) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący powtórzył w odwołaniu w całości argumentację zawartą w proteście.

B. Sygn. akt: KIO/UZP 337 /10,

Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie art. 180 ust. 7 Pzp i art. 181 ust. 6 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie protestu i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez dokonanie poprawek w ofercie konsorcjum Sprecher oraz wniósł o:

- 1) stwierdzenie bezpodstawności i bezprawności odrzucenia protestu
- 2) unieważnienie czynności, polegającej na poprawieniu w ofercie Konsorcjum Sprecher w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp błędu w Tabeli cenowej,
- 3) nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum Sprecher na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
- 4) nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 5) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący powtórzył w odwołaniu w całości argumentację zawartą w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W przypadku potwierdzenia się, że czynności dokonane przez zamawiającego są niezgodne z prawem oraz uwzględnienia zarzutów zawartych

w odwołaniach sytuacja prawna odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegałaby zmianie, dając odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia w części V i VII.

Na wstępie Izba stwierdziła, że zamawiający niezgodnie z art. 180 ust. 7 w związku z art. 181 ust. 6 Pzp dokonał odrzucenia protestów wniesionych przez odwołującego. Protesty dotyczyły czynności polegających na poprawieniu przez zamawiającego treści ofert Konsorcjum Sprecher i Elkomtech S.A. Czynności powyższe nie zostały nakazane przez KIO w wyroku z dnia 18 stycznia 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 1687/09 i KIO/UZP 1691/09. Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach których zamawiający ma możliwość dokonywania wyjaśnień treści ofert, treści innych dokumentów złożonych w ofercie, poprawienia omyłek, odrzucenia ofert oraz oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający, w zależności od wyniku ponownych czynności badania ofert, miał swobodę w zakresie podjęcia decyzji odnośnie poprawienia treści oferty Konsorcjum Sprecher i Elkomtech S.A. w części V zamówienia oraz oferty Elkomtech S.A. w części VII zamówienia. Nie ma zatem podstaw by twierdzić, że czynność zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp została dokonana zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestów z dnia 22 października 2009 r. zapadłym w wyroku KIO z dnia 18 stycznia 2010 r.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniach, dotyczących naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez dokonanie poprawek w treści oferty Elkomtech S.A. oraz w ofercie Konsorcjum Sprecher Izba uznała, że zarzuty zasługują na uwzględnienie.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie 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.

Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego i może dotyczyć różnych elementów złożonej oferty. Na podstawie ww. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne jest dokonanie zmian w treści oferty w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy istotnych postanowień oferty.

W orzecznictwie KIO za utrwalony uznaje się pogląd, że omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Z treści oferty powinien

wynikać zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnej z wymogami specyfikacji, a zamawiający na podstawie tej treści posiada wszystkie dane niezbędne do dokonania poprawy omyłki nie ingerując w sposób istotny w treść oferty. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp może mieć zastosowanie, jeżeli stwierdzona niezgodność treści oferty z siwz ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Stwierdzenie, że niezgodność oferty z treścią siwz nie stanowi omyłki lecz świadome i celowe działanie wyklucza zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W świetle powyższego Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu poprawki w ofercie Elkomtech S.A. i ofercie Konsorcjum Sprecher zostały dokonane przez zamawiającego z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający, w ramach przedmiotowego zamówienia przyjął ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia, co wynika z treści postanowień zawartych w specyfikacji w części I siwz pkt 14.2. Wśród dokumentów wymaganych przez zamawiającego, zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 9.16 części I siwz, znajduje się formularz: Tabele cenowe dla każdego oferowanego Pakietu zgodnie z załącznikiem nr 2 Części II siwz. Stosownie do treści uwagi zawartej pod wzorem tabeli, wykonawcy byli „zobowiązani” do wypełnienia tabeli, w ramach oferowanego pakietu, według wzoru określonego przez zamawiającego. Zamawiający wskazał, że tabele mają charakter pomocniczy, służą dla celów rozliczeń z wykonawcą i nie będą przedmiotem oceny. Wśród zawartych pod tabelą uwag zamawiający podał minimalną ilość szaf SSiN i sterowników, podlegających uwzględnieniu przez wykonawców w wycenie. Konsorcjum Sprecher uwzględniło w złożonej w ofercie tabeli cenowej 9 sterowników pola, systemów centralnych i 14 szaf SSiN, co nie spełnia wymagania określonego w siwz, natomiast w tabeli cenowej złożonej w ofercie Elkomtech S.A. podano i wyceniono łącznie liczbę sterowników w ilości 36, a nie wymaganej - min. 37.

Zauważyć należy, że z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika, iż należy się ono w umówionej wysokości i wykonawca w zasadzie nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Istotą ceny ryczałtowej jest ustalenie jej z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów przedmiotu zamówienia, przy czym charakter okoliczności, z uwagi na które nie przewidziano rozmiaru lub kosztów prac, nie ma większego znaczenia. Biorąc pod uwagę treść specyfikacji w przedmiotowym postępowaniu, należy uznać, że zamawiający przewidując minimalną ilość wymaganych urządzeń jednoznacznie określił minimalne wymagania dla dokonania przez wykonawców wyceny zamówienia w ofercie, a tym samym wymagał obliczenia ceny ryczałtowej za realizację zamówienia dla określonego minimalnego zakresu świadczenia.

Zamawiający dokonując w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zmiany ilości urządzeń wycenionych w obu ofertach, zdaniem Izby, w sposób nieuprawniony przyjął, że wykonawcy zaoferowali ilość określoną przez zamawiającego w siwz, jako minimalna. W szczególności zamawiający nie wykazał, że z treści złożonych ofert wynika zamiar zaoferowania, w przypadku oferty Konsorcjum Sprecher - liczby sterowników: 13 szt. i szaf SSiN: 16 szt. oraz w przypadku oferty Elkomtech S.A. - liczby sterowników: 37 szt. Izba uznała, że oświadczenia ogólne o zgodności jego oferty z treścią siwz i akceptacja warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, złożone przez wykonawców w formularzu ofertowym, nie mogą zastępować wymaganego szczegółowego oświadczenia, co do określenia zakresu przedmiotowego oferty podlegającego wycenie oraz stanowiącego warunek porównywalności ofert złożonych w postępowaniu. Ponadto, zauważyć należy, że w wyjaśnieniach złożonych przez Konsorcjum Sprecher, w piśmie z dnia 15 września 2009 r., iż system SSiN dostarczony w ramach pakietu V będzie wyposażony w 10 sterowników, w tym 1 sterownik systemów centralnych, wykonawca potwierdził zaoferowanie urządzeń w ilości nieodpowiadającej wymaganiom zamawiającego określonym w siwz. Dodatkowo, powyższe potwierdzone zostało przez Konsorcjum Sprecher w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu w piśmie z dnia 26 października 2009 r. Wykonawca Elkomtech S.A. również w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu w piśmie z dnia 27 października 2009 r. jednoznacznie stwierdził, iż złożona przez niego oferta jest zgodna z siwz i potwierdził zaoferowanie określonej w ofercie liczby sterowników. Powyższe, zdaniem Izby oznacza, iż podanie w ofercie (tabeli cenowej) liczby zaoferowanych urządzeń było świadomym działaniem, a nie omyłką wykonawców.

Biorąc pod uwagę brak danych w ww. ofertach, wynikających wprost lub choćby pośrednio z treści ofert lub załączonych do ofert dokumentów, wskazujących, iż wykonawcy mieli zamiar zaoferować (wycenić) inną liczbę urządzeń niż podana w ofertach, należy uznać, iż uniemożliwia to poprawienie błędów w zakresie zaoferowanej ilości urządzeń. W danym stanie faktycznym zamawiający nie może zastąpić wykonawcy w określeniu liczby potrzebnych sterowników dla zrealizowania zamówienia, którą należało uwzględnić w ofercie i wykazać w tabeli cenowej. Odwołujący zauważył, że wykonawcy w ofertach nie wskazali, jakiego rodzaju sterowniki zastosują, co potwierdził także zamawiający w toku rozprawy, a brak takich informacji nie pozwala zamawiającemu na jakiegokolwiek własne ustalenia w powyższym zakresie dla potrzeb samodzielnego poprawienia omyłki w zaoferowanej ilości urządzeń. Poprawienie takiej niezgodności wymagałoby wiedzy szczegółowej w zakresie planowanych przez wykonawców indywidualnych rozwiązań technicznych, a tej wiedzy zamawiający, nie kontaktując się z wykonawcą, nie mógł posiadać.

W powyższych okolicznościach przyjęcie przez zamawiającego, iż Konsorcjum Sprecher zaoferowało 13 szt. sterowników i 16 szt. szaf SSiN, a Elkomtech S.A. 37 sterowników nie znajduje rzeczywistego uzasadnienia w treści ofert. Tym samym zmiana dokonana przez zamawiającego w zakresie ilości oferowanych urządzeń przez Konsorcjum Sprecher i Elkomtech S.A. stanowi bezpodstawną i nieuzasadnioną zmianę treści ofert. Nie zmienia tego faktu okoliczność, że wykonawcy wyrazili następnie zgodę na dokonanie powyższych zmian przez zamawiającego.

Izba uznała, że zamawiający dokonał w sposób nieuzasadniony i bezpodstawny istotnej zmiany treści ofert w zakresie cen jednostkowych omawianych urządzeń wskazanych w ofertach. Nie sposób zgodzić się z zamawiającym, iż ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia uprawnia zamawiającego do ingerencji w ceny jednostkowe w ten sposób, że dokonując zwiększenia ilości urządzeń zamawiający może proporcjonalnie zmniejszyć ceny jednostkowe, aby ostateczna, zaoferowana pierwotnie ryczałtowa cena oferty nie uległa zmianie. Wskazać należy, że dokonując zmiany w ofercie Elkomtech S.A. liczby sterowników: z 36 do 37, zamawiający zmienił cenę jednostkową sterowników: z kwoty 21.600,00 zł do kwoty 21.016,22 zł oraz łączną cenę za sterowniki pola, systemów centralnych: z kwoty 777.600,00 zł do kwoty 777.600,14 zł. W przypadku oferty Konsorcjum Sprecher zamawiający zmienił cenę jednostkową sterowników z kwoty 31.000,00 zł do kwoty 21.461,54 zł oraz cenę jednostkową szaf SSiN: z kwoty 4.000,00 zł do kwoty 3.500,00 zł. Działanie powyższe należy uznać za nieuprawnione. Jest to istotna zmiana treści oferty - oświadczenia woli wykonawcy w powyższym zakresie, dokonana przez zamawiającego w sposób arbitralny bez uzasadnienia wynikającego z treści oferty lub ewentualnych wyjaśnień. Dokonanie tej zmiany przez zamawiającego, a następnie wyrażenie zgody przez wykonawców na zmianę treści ofert można poczytywać za niedopuszczalne w świetle Prawa zamówień publicznych (art. 87 ust. 1 Pzp zdanie drugie) negocjacje treści złożonych ofert.

Podkreślić należy, że wymaganie wskazujące minimalną ilość urządzeń i szaf SSiN zawarte w siwz jest jednoznaczne, a spełnienie tego wymogu jest konieczne w celu zapewnienia porównywalności złożonych ofert. Zamawiający również potwierdził tę okoliczność w toku rozprawy. Stosownie do wymaganie zawartego w siwz wykonawcy winni je uwzględnić, przyjmując, że możliwe jest jedynie zwiększenie ilości urządzeń ponad minimalną ilość wskazaną przez zamawiającego. Odstąpienie przez zamawiającego od badania spełnienia powyższego wymagania na etapie badania i oceny ofert stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz uniemożliwiłoby rzetelne porównanie złożonych ofert. Tymczasem zmiany, jakie zostały dokonane w treści oferty Konsorcjum Sprecher i oferty Elkomtech S.A. w wyniku czynności

zamawiającego stanowią istotne zmiany treści ofert. Zamawiający dokonując poprawki omyłki, może tylko zmienić treść oferty na taką, która istniałaby, gdyby omyłki nie popełniono. Niedopuszczalna jest poprawa omyłki, która prowadzi do powstania oferty o innej treści, niż istniałaby, gdyby omyłki nie popełniono, gdyż narusza to podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

W ocenie Izby dokonanie przez zamawiającego omówionych powyżej zmian w treści oferty Konsorcjum Sprecher i oferty Elkomtech S.A. wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W konsekwencji należało uznać, że rozbieżności treści ofert, które zamawiający poddał poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp świadczą o niezgodności treści ofert z treścią siwz, które nie mają charakteru omyłki możliwej do poprawienia na podstawie wymienionego przepisu.

Izba uznała, że stwierdzone w toku postępowania naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co stosownie do art. 191 ust. 1a ustawy Pzp stanowi przesłankę uwzględnienia odwołań.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 i ust. 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł oraz koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego na posiedzenie Izby i poniesionej opłaty skarbowej, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....