

**Sygn. akt KIO 2555/19**

**WYROK**  
**z dnia 31 grudnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2019 r. przez wykonawcę Outworking S.A. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad we Wrocławiu

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Outworking S.A. w Poznaniu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Outworking S.A. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Outworking S.A. w Poznaniu na rzecz Generalnego Dyrektora Dróg krajowych i Autostrad W Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad we Wrocławiu kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiące uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działając przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest przeprowadzenie w ramach Generalnego Pomiaru Ruchu 2020, bezpośrednich pomiarów ruchu drogowego na odcinkach pomiarowych dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu - część 5. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 5 sierpnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 149-367495. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

16 grudnia 2019 r. wykonawca Outworking S.A. w Poznaniu wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp przez jego zastosowania w sytuacji, gdy oferta odwołującego była prawidłowo sporządzona i nie zawierała oczywistej omyłki rachunkowej oraz innej omyłki polegającej na jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ”;
2. art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp przez jego zastosowanie w sytuacji, gdy dokonywanie poprawienia oferty odwołującego było pozbawione podstaw prawnych i faktycznych, zaś odwołujący wykazał zamawiającemu, w piśmie z 6 grudnia 2019 r., że jego oferta została sporządzona prawidłowo;
3. art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty, która nie może być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty K. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EUTRA, powtórzenie badania i oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ważnych ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu.

W uzasadnieniu wskazał, że aby sporządzić prawidłową ofertę odwołujący musiał poprawić wzór w formularzu cenowym, tak aby pomiar dzienny odbywał się przez 16 godzin, co powinno być uwzględnione, gdyż odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia zgodnie z SIWZ. Na potwierdzenie powołał wyrok wydany w sprawie łączonej sygn. akt KIO 385/11,

sygn. akt KIO 386/11, sygn. akt KIO 393/11, sygn. akt KIO 406/11, gdzie zamawiający dokonał zmiany SIWZ w zakresie długości gwarancji, lecz zaniechał zmiany formularza oferty, a następnie poprawił formularze ofert wykonawców, którzy nie uwzględnili dokonanej zmiany SIWZ.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

W formularzu cenowym, którego wzór był zawarty w tomie IV SIWZ zamawiający nakazał, aby wykonawca podał w kolumnie: „Liczba godzin pomiaru”, wartość będącą sumą następujących składników:

- liczba pomiarów dziennych 16-godzinnych (dwie zmiany po 8 godzin);
- liczba pomiarów nocnych 8-godzinnych;
- liczba pomiarów dodatkowych pojazdów ciężkich 8-godzinnych.

W odnośniku \*\*\* w tym formularzu zamawiający wskazał, że liczba godzin pomiaru to iloczyn liczby dni pomiarowych i liczby godzin pomiaru w danym dniu, niezależnie od typu pomiaru, tj. dla punktów H, HV lub FV będzie to 176 godzin (4 pomiary 24h i 5 pomiarów 16h), dla punktów typu G lub GV104 godziny (3 pomiary 24h i 2 pomiary 16h), a dla punktów EV 72 godziny (3 pomiary 24h). W przypadku pomiaru dodatkowego wykonywanego w danym punkcie należy dodać 16 godzin (2 pomiary 8h).

W wszystkich formularzach cenowych dla części 1-4 do 6-8 liczba godzin pomiaru wyliczona była zatem według wzoru: liczba pomiarów dziennych X16 + liczba pomiarów nocnych X8 + liczba pomiarów dodatkowych X 8. Natomiast w części 5 zamawiający podał następujący wzór:

Liczba pomiarów dziennych X26 + liczba pomiarów nocnych X8 + liczba pomiarów dodatkowych X 8,

Odwołujący przygotowując ofertę zmienił formularz cenowy w ten sposób, że poprawił liczbę pomiarów dziennych z 26 na 16.

Pismem z 4 grudnia 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o dokonaniu wyboru oferty odwołującego w części 5 postępowania. Pismem z 6 grudnia 2019 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz skierował do odwołującego pismo

informujące o poprawieniu jego oferty w zakresie liczby godzin pomiaru. W wyniku poprawienia cena oferty odwołującego wzrosła o ponad 130 tys. zł. Zamawiający żądał od odwołującego wyrażenia zgody na dokonaną poprawę pod rygorem odrzucenia oferty. Pismem z 6 grudnia 2019 r. odwołujący skierował do zamawiającego pismo stwierdzające, że oferta została przez niego sporządzona prawidłowo, natomiast to zamawiający popełnił omyłkę we wzorze formularza ofertowego. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego i dokonał wyboru oferty K. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EUTRA, w związku z czym odwołujący wniósł odwołanie.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że oferta odwołującego nie może zostać uznana za najkorzystniejszą, co grozi odwołującemu poniesienie szkody.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przed wszystkim Izba zważyła, że zamawiający prawidłowo zastosował wobec oferty odwołującego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który nakazuje zamawiającemu poprawienie w ofercie omyłek nie będących oczywistymi omyłkami pisarskimi lub rachunkowymi polegającymi na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

We wzorze formularza cenowego zaistniała wewnętrzna sprzeczność polegająca na tym, że wzór na obliczenie godzin pomiaru nie był spójny z objaśnieniem zawartym pod tabelą. Izba uznała jednak, że w okolicznościach sporu taka samodzielna ingerencja wykonawcy w treść dokumentów postępowania przygotowanych przez zamawiającego i poprawienie liczby godzin we wzorze zawartym w formularzu cenowym, nie jest dopuszczalna.

Odwołujący koncentruje się na samej treści formularza cenowego i pomija pozostałe wymagania zawarte w SIWZ. Izba uwzględniła, że w rozdziale 15 SIWZ zawierającym opis sposobu obliczenia ceny oferty zamawiający wymagał w pkt 15.1, aby cena oferty została obliczona w oparciu o formularze cenowe. Pkt 15.2 stanowił natomiast, że formularze cenowe należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Zamawiający ustalił, że wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartość netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie. Zamawiający nakazał również w tym punkcie SIWZ, aby wykonawca obliczając cenę oferty uwzględnił wszystkie pozycje opisane w

formularzu cenowym. Zastrzegł, że wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do formularza cenowego.

Odwołujący nie zastosował się do wymagania zamawiającego i wbrew jasnemu postanowieniu SIWZ dokonał poprawienia wartości godzin pomiaru zawartego w formularzu cenowym. Należy również zwrócić uwagę, że zakaz wprowadzania zmian do formularza cenowego stanowił w tym przypadku jasną dyrektywę usuwającą kolizję w postanowieniach formularza cenowego. W razie sprzeczności treści zawartej w formularzu z innymi wymaganiami, które nie stanowiły treści formularza, pierwszeństwo ma treść formularza. W tym stanie faktycznym nie można zatem przyjąć, że zamawiający obciążył wykonawcę konsekwencją niespójności treści SIWZ. Przeciwnie, zamawiający opierając się na ustalonych przez siebie regułach obliczenia ceny oferty dokonał poprawienia formularza cenowego odwołującego, tak aby odpowiadał opisanym wymaganiom.

Nietrafnie wskazuje odwołujący, że dokonana przez niego zmiana formularza cenowego wynikała z faktu dostrzeżenia błędu zamawiającego na dzień lub dwa przed upływem terminu składania ofert i braku możliwości zadawania pytań w sprawie treści SIWZ.

Zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż:

- 1) na 6 dni przed upływem terminu składania ofert,
  - 2) na 4 dni przed upływem terminu składania ofert - w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia,
  - 3) na 2 dni przed upływem terminu składania ofert - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8
- pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.

Art. 38 ust 1a stanowi natomiast, że jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął po upływie terminu składania wniosku, o którym mowa w ust. 1, lub dotyczy udzielonych wyjaśnień, zamawiający może udzielić wyjaśnień albo pozostawić wniosek bez rozpoznania.

Z zestawienia powołanych przepisów nie wynika zatem zakaz składania wniosku o wyjaśnienie po upływie połowy terminu składania ofert, ale to tylko, że jeśli wykonawca złoży wniosek po tym terminie, zamawiający nie jest zobowiązany do wyjaśnienia treści SIWZ. W takiej sytuacji zamawiający powinien natomiast rozważyć, czy mając na względzie dobro prowadzonego postępowania oraz zasady zawarte w art. 7 ust. 1 Pzp odpowiedź powinna zostać udzielona.

W ocenie składu orzekającego poprawa oferty odwołującego tym bardziej zasługuje na aprobatę, że skutkiem zmiany dokonanej samodzielnie przez odwołującego nie tylko doszło do nieporównywalności złożonych ofert, ale oferta odwołującego wybrana pierwotnie przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, w rzeczywistości nie była najkorzystniejsza. Skutkiem dokonanej poprawy jej cena wzrosła bowiem o ok. 130 tys. zł i była mniej korzystna niż oferta K. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K. R., zatem na etapie realizacji wykonanie umowy przez odwołującego na podstawie ceny obliczonej dla 16, a nie 26 godzin pomiaru, byłoby dla zamawiającego bardziej kosztowne. Nie było sporne między stronami, że rozliczenie między wykonawcą a zamawiającym dotyczyć będzie rzeczywiście zrealizowanych, a nie deklarowanych godzin pomiaru.

Odwołujący nie zgodził się na poprawienie swojej oferty, czemu dał wyraz w piśmie z 6 grudnia 2019 r. zawierającym polemikę ze stanowiskiem zamawiającego, zatem zamawiający odrzucił ofertę odwołującego zgodnie z ustawą. Art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeśli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W konsekwencji wybór najkorzystniejszej oferty nie narusza art. 91 ust. 1 Pzp.

Do innych wniosków nie prowadzi analiza orzecznictwa Izby powołanego przez odwołującego, które zapadło w całkowicie odmiennych okolicznościach sporu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....