

WYROK

z dnia 20 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2021 r., przez wykonawcę **VITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o., Plac Wolności 6/7; 47-220 Kędzierzyn Koźle**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego, Al. Jerozolimskie 94; 00-807 Warszawa**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ZABERD S.A.; NEUROCAR sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24; 54-215 Wrocław** - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **VITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o., Plac Wolności 6/7; 47-220 Kędzierzyn Koźle** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **VITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o., Plac Wolności 6/7; 47-220 Kędzierzyn Koźle**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego **VITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o., Plac Wolności 6/7; 47-220 Kędzierzyn Koźle** na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego, Al. Jerozolimskie 94; 00-807 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Dostawa i instalacja 30 urządzeń rejestrujących wykroczenia niestosowania się do sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu.” w ramach projektu pn.: „Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 grudnia 2020 r., pod nr 2020/S 252-635214.

Dnia 15 marca 2021 roku, zamawiający opublikował na platformie zakupowej informację o sprostowaniu informacji z otwarcia ofert. W tym samym dniu informacja ta została przesłana odwołującemu.

Dnia 25 marca 2020 roku, wykonawca VITRONIC Machine Vision Polska sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) i 3) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez zmianę składu konsorcjum ubiegającego się o udzielenie zamówienia, tj. zmianę z: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. (i) ZABERD S.A., z siedzibą przy ul. Bystrzyckiej 24, 54-215 Wrocław (dalej jako: „ZABERD”) oraz (ii) NEUROSOFT sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Życzliwej 8, 53-030 Wrocław (dalej jako: „NEUROSOFT”) (dalej łącznie jako: „Konsorcjum”) na: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. (i) ZABERD oraz (ii) NEUROCAR sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Życzliwej 8, 53 - 030 Wrocław (dalej jako: „NEUROCAR”), w trybie przewidzianym dla sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, podczas gdy zmiana ta nie spełniała wymogów przewidzianych dla poprawy omyłki i wykraczała daleko poza uprawnienie zamawiającego wynikające z powyższych przepisów, bowiem prowadzi do zmiany treści oferty polegającej na zmianie wykonawcy, co skutkowało naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 7b) w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy, pomimo tego, że konsorcjum przedłożyło gwarancję ubezpieczeniową, która nie zabezpiecza jego oferty;

ewentualnie - w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 2:

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 66 §1 KC poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum z powodu:
 - a. niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. ze wzorem formularza ofertowego stanowiącego załącznik do s.i.w.z., pomimo tego, że w petitum formularza ofertowego (FORMULARZ NUMER OF.O) został wpisany wykonawca NEUROSOFT, który nie ubiegał się o udzielenie zamówienia,
 - b. niezgodności oferty z ustawą, tj. art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 66 §1 KC, pomimo tego, że oświadczenie woli złożone przez konsorcjum nie określa istotnych postanowień przyszłej umowy (tj. wykonawcy), a tym samym nie stanowi ono oferty.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez KIO odwołania oraz uwzględnienie go w całości, jak również nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego wskazanej w sprostowaniu do informacji z otwarcia ofert, polegającej na zmianie wchodzącego w skład konsorcjum wykonawcy NEUROSOFT na NEUROCAR,
- 2) odrzucenie oferty konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, ewentualnie,
- 3) odrzucenie oferty konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp lub na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 66 §1 KC .

Ponadto odwołujący wniósł o:

- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania,
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu i ma realną szansę na uzyskanie zamówienia. Oferta konsorcjum jest jedną z trzech konkurencyjnych dla odwołującego ofert złożonych w postępowaniu. W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, opisanych w odwołaniu, odwołujący może zostać pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, co tym samym spowoduje u niego szkodę w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby realizując to zamówienie. Odwołanie stanowi realizację prawa odwołującego do korzystania ze środków ochrony prawnej, a jego uwzględnienie istotnie zwiększy szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia. Skutkiem uwzględnienia odwołania będzie bowiem odrzucenie oferty konsorcjum, którego oferta prawdopodobnie zostałaby sklasyfikowana na wyższej pozycji w rankingu ofert niż oferta odwołującego. Jednocześnie odwołujący, po

wyborze oferty najkorzystniejszej będzie mógł skutecznie kwestionować oferty pozostałych wykonawców, dzięki czemu oferta odwołującego będzie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, iż w dniu 26 lutego 2021 r., zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert, w której sklasyfikował czterech wykonawców:

- PolCam Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- Konsorcjum wykonawców: ZABERD (lider konsorcjum) oraz NEUROSOFT (partner konsorcjum),
- Sprint S.A. z siedzibą w Olsztynie,
- odwołujący.

Pismem z dnia 9 marca 2021 r., zamawiający wezwał konsorcjum w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia stwierdzonych rozbieżności w treści oferty. Rozbieżność miała polegać na tym, że z formularza ofertowego wynika, iż oferta została złożona przez konsorcjum, w skład którego wchodzi wykonawcy ZABERD oraz NEUROSOFT, natomiast w pkt 10) formularza ofertowego wskazano, że reprezentację konsorcjum ma sprawować ZABERD oraz NEUROCAR. Ponadto w załączonych do oferty konsorcjum dokumentach, takich jak pełnomocnictwo konsorcjalne, ubezpieczeniowa gwarancja wadialna, czy formularz JEDZ figuruje NEUROCAR, a nie NEUROSOFT.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie do wyjaśnień, pismem z dnia 10 marca 2021 r., wykonawca ZABERD wskazał, że oferta została złożona w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - ZABERD oraz NEUROCAR, natomiast do formularza oferty „w miejscu wskazania składu Konsorcjum wkradł się błąd pisarski polegający na niezamierzonym błędzie literowym”.

Zamawiający zaakceptował powyższe wyjaśnienia i pismem z dnia 15 marca 2021 r. poinformował o sprostowaniu informacji z otwarcia ofert, z uwagi na wystąpienie omyłki pisarskiej w ofercie złożonej przez konsorcjum.

W wyniku tego „sprostowania”, w informacji z otwarcia ofert zamiast konsorcjum wykonawców ZABERD-NEUROSOFT, zamawiający ostatecznie ujawnił konsorcjum wykonawców ZABERD-NEUROCAR.

Odwołujący podniósł, iż w formularzu ofertowym konsorcjum wskazało, że:

„Ja niżej podpisana: E. R., działając w imieniu i na rzecz: Konsorcjum firm: ZABERD SA, ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław - jako Lider/Pełnomocnik Konsorcjum oraz NEUROSOFT Sp. z o.o. , ul. Życzliwa 8, 53-030 Wrocław - Partner Konsorcjum składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ” oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze SIWZ i uznajemy się za związanych jej postanowieniami:”.

Z powyższego fragmentu wynika wprost i w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta została złożona wspólnie przez wykonawców ZABERD oraz NEUROSOFT. Oferta została podpisana przez Panią E. R., umocowaną przez ZABERD pełnomocnictwem z dnia 27 stycznia 2021 r. W dalszej części formularza ofertowego, konsorcjum oświadczyło:

„10) oświadczamy, że sposób reprezentacji Wykonawcy/Wykonawców dla potrzeb niniejszego zamówienia jest następujący: ZABERD SA, ul Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław (Lider konsorcjum) oraz NEUROCAR Sp. z o.o., ul. Życzliwa 8. 53-030 Wrocław (Partner konsorcjum).”.

Powyższy punkt wskazuje jedynie na sposób reprezentacji konsorcjum i w żaden sposób nie wpływa na tożsamość podmiotową wykonawcy składającego ofertę. Zamawiający nie ustanowił w s.i.w.z. ograniczeń, co do reprezentacji wykonawcy składającego ofertę przez osoby trzecie.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie miał podstaw, by uznać na podstawie formularza ofertowego lub załączonych do niego dokumentów, że ujawnienie NEUROSOFT w składzie konsorcjum składającego ofertę stanowiło oczywistą omyłkę pisarską. Po pierwsze, różnica pomiędzy nazwami wykonawców NEUROSOFT, a NEUROCAR jest wyraźna i z całą pewnością nie mieści się w granicach błędu literowego świadczącego o oczywistej omyłce pisarskiej. Nie można tu mówić o błędzie widocznym „gołym okiem”, jak tego wymaga orzecznictwo. Po drugie, obie spółki, tj. NEUROSOFT i NEUROCAR istnieją i funkcjonują w obrocie gospodarczym. Oznacza to, że zamawiający nie zmienił tylko nazwy wykonawcy, ale dokonał zmiany podmiotowej polegającej na zamianie jednego wykonawcy na innego. (dowód: odpis KRS wykonawcy NEUROSOFT sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Życzliwej 8, 53-030 Wrocław., odpis KRS wykonawcy NEUROCAR sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Życzliwej 8, 53-030 Wrocław).

Jak wynika z orzecznictwa, omyłka powinna stanowić niezamierzoną niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń, a nie uchybienie merytoryczne. Natomiast kierując się logiką przyjętą w sprostowaniu informacji z otwarcia ofert, zamawiający mógłby dokonać czynności wprost odwrotnej i zmienić wykonawcę NEUROCAR widniejącego w dokumentach załączonych do oferty na wykonawcę NEUROSOFT, przyjmując za prawidłowe oświadczenie złożone we wstępie formularza ofertowego. Nadto, nie można wykluczyć scenariusza, w którym faktyczną intencją konsorcjum było złożenie oferty w składzie 3-podmiotowym, tj.: ZABERD, NEUROCAR i NEUROSOFT. O tym, że ewentualna „omyłka” popełniona przez konsorcjum nie miała charakteru oczywistego świadczy również to, że zamawiający w celu jej poprawy musiał zwrócić się o wyjaśnienia do konsorcjum. W piśmie tym zamawiający stwierdził: *„prosimy o wyjaśnienie powstałych rozbieżności i wskazanie, kto jest członkiem Konsorcjum i kto*

złożył wspólną ofertę w przedmiotowym postępowaniu z Wykonawcą ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24; 54-215 Wrocław.”.

Z powyższego wynika, że sam zamawiający miał poważne wątpliwości, co do podmiotów tworzących konsorcjum, które złożyły ofertę w postępowaniu. Jednoznacznie świadczy to zatem o tym, że „omyłka”, której poprawy dokonał zamawiający nie miała oczywistego charakteru. Nadto, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tymczasem procedura wyjaśnienia „omyłki” zainicjowana przez zamawiającego, polegała właśnie na swoistych negocjacjach z konsorcjum. Konsorcjum równie dobrze mogłoby bowiem potwierdzić, że w jego skład, poza ZABERD wchodzi NEUROSOFT lub nawet NEUROCAR razem z NEUROSOFT. Wykonawcy ZABERD, NEUROSOFT oraz NEUROCAR są niewątpliwie podmiotami profesjonalnymi funkcjonującymi na rynku. Złożenie oferty w imieniu konsorcjum, w składzie którego wskazano wykonawcę, który nie zamierza ubiegać się o zamówienie świadczyłoby o rażącym niedbalstwie lub celowym działaniu, mającym na celu zostawienie swoistej „furtki” dla konsorcjum umożliwiającej zmianę składu wykonawcy po upływie terminu składania ofert. Dopuszczenie zmiany oferty w takim zakresie, w trybie poprawienia omyłki stanowiłoby naruszenie naczelnych zasad PZP, w tym zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający nie był uprawniony do dokonania zmiany wykonawcy w formularzu ofertowym w trybie sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej. Czynność ta nie tylko nie wypełnia wymogów przewidzianych w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ale również znacznie wykracza poza uprawnienie wynikające z tego przepisu.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że omawiana czynność zamawiającego nie mogła stanowić również sprostowania innej omyłki, o której mowa w art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawa PZP dopuszcza poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z s.i.w.z., jeżeli nie powoduje to istotnych zmian w treści oferty, natomiast zastąpienie wykonawcy NEUROSOFT wykonawcą NEUROCAR z całą pewnością stanowi istotną zmianę treści oferty. Nie można również wykluczyć, że powyższa czynność skutkowałaby *de facto* powstaniem nowej oferty.

Na marginesie odwołujący zauważył, że z informacji posiadanych przez Niego wynika, iż zamawiający nie dokonał odrębnej czynności polegającej na sprostowaniu omyłki w ofercie konsorcjum. Jedyna czynność zamawiającego w tym zakresie sprowadziła się do poprawienia informacji z otwarcia ofert. Tym samym, wobec braku odrębnej czynności zamawiającego polegającej na zmianie NEUROSOFT na NEUROCAR, można by nawet stwierdzić, że korekta „omyłki” nie została skutecznie dokonana przez zamawiającego i że skład konsorcjum jest w dalszym ciągu zgodny z tym, który konsorcjum ujawniło w formularzu oferty, tj. że w jego skład wchodzi ZABERD i NEUROSOFT.

Sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie konsorcjum, polegające na zamianie wykonawcy NEUROSOFT wchodzącego w skład konsorcjum, na wykonawcę NEUROCAR było niedopuszczalne i należy je uznać za nieważne lub - ewentualnie - że korekta omyłki w ogóle nie została skutecznie dokonana przez zamawiającego ze względu na brak wyraźnej czynności zamawiającego w tym zakresie i w związku z tym w skład konsorcjum wchodzi w dalszym ciągu ZABERD i NEUROSOFT. Tym samym, w obu powyższych scenariuszach dokumenty załączone do oferty konsorcjum, w których zamiast NEUROSOFT figuruje NEUROCAR należy uznać za nieprawidłowe. W szczególności dotyczy to ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie z dnia 25 lutego 2021 r. (dalej jako: „Gwarancja wadialna”). Zgodnie z treścią pkt 1.6.1. cz. C Warunków ogólnych s.i.w.z., w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji, gwarancja ta powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i winna zawierać m.in. „nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), nazwę beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), nazwę gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib.

W treści Gwarancji wadialnej złożonej przez konsorcjum wskazano, co następuje:

„1. InterRisk [...] działając na wniosek ZABERD S.A. z siedzibą w 54-215 WROCŁAW, przy ul. BYSTRZYCKA 24, reprezentujący Konsorcjum w składzie:

- 1. ZABERD S.A. (LIDER KONSORCJUM) ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław*
- 2. NEUROCAR Sp. z o.o. (PARTNER KONSORCJUM) ul. Życzliwa 8, 53-030 Wrocław (zwanego dalej „Zobowiązany”) niniejszym gwarantuje [...]”.*

Jak wynika z powyższego, Gwarancja wadialna została wystawiona dla konsorcjum wykonawców w składzie ZABERD oraz NEUROCAR, które następnie określone jest „Zobowiązany”, a nie dla Konsorcjum (w składzie ZABERD - NEUROSOFT), które złożyło ofertę. Wystawca Gwarancji wadialnej gwarantuje zapłatę kwoty wadium w przypadkach, gdy to właśnie Zobowiązany, czyli konsorcjum wykonawców ZABERD i NEUROCAR odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, etc. Należy więc uznać, że przedstawiona Gwarancja wadialna z całą pewnością nie zabezpiecza oferty złożonej przez konsorcjum, co wynika wprost z jej treści. Wszystkie przypadki wypłaty kwoty wadium przez wystawcę gwarancji obejmują wyłącznie uchybienia Zobowiązanego. Tym samym, konsorcjum nie może się nią skutecznie posługiwać w celu zabezpieczenia własnej oferty, zaś Zamawiający nie będzie mógł skutecznie zaspokoić z tej Gwarancji swoich roszczeń. Natomiast w orzecznictwie oraz doktrynie przyjmuje się, że wadium jest wniesione w sposób nieprawidłowy, gdy do upływu terminu składania ofert wykonawca złożył dokument gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5, jeżeli z ich treści nie wynika, że wadium zabezpiecza składaną ofertę. Brak skuteczności wadium należy rozumieć

jako brak możliwości bezwarunkowego wyegzekwowania kwoty wadium w przypadku wypełnienia ustawowych przesłanek z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

Izba wskazuje w swoich orzeczeniach również, że skuteczność wniesienia wadium może być oceniana na podstawie treści gwarancji wadium złożonej wraz z ofertą, gdyż tylko treść tego dokumentu jest podstawą ewentualnego późniejszego ubiegania się przez zamawiającego o wypłatę gwarantowanej kwoty. Co istotne, z jednolitego orzecznictwa KIO, wynika, że czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji, nie można dokonać jego wpłaty po upływie wskazanego terminu składania ofert, jak również nie można uzupełnić dokumentu, potwierdzającego wniesienie wadium, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniężna. Z uwagi na zakres odpowiedzialności ponoszonej przez gwaranta przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego, weryfikuje on szczegółowo kondycję ekonomiczną oraz zdolność wykonawcy do wykonania kontraktu, którego udział w przetargu ma być zabezpieczony i na tej podstawie gwarant podejmuje decyzję o udzieleniu gwarancji. InterRisk zbadało pod tym kątem konsorcjum wykonawców ZABERD i NEUROCAR. Nie ma natomiast żadnych podstaw by twierdzić, że InterRisk oceniłby w taki sam sposób zdolności i kondycję ekonomiczną konsorcjum, w którego skład wchodzi ZABERD i NEUROSOFT. Oznacza to, że oferta konsorcjum winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy.

Z daleko posuniętej ostrożności, gdyby Izba uznała, że to wykonawca NEUROCAR jest tym, który w rzeczywistości ubiega się o udzielenie zamówienia wspólnie z wykonawcą ZABERD (z czym odwołujący ze względów, o których mowa powyżej zdecydowanie się nie zgadza), odwołujący wskazuje, że w takim wypadku oferta tych wykonawców powinna zostać odrzucona na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność jej treści z s.i.w.z., a dokładniej ze wzorem formularza ofertowego stanowiącego załącznik do s.i.w.z. Na początku wzoru formularza ofertowego znajduje się oświadczenie, które miał wypełnić każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, o treści: *„My niżej podpisani, działając w imieniu i na rzecz nazwa (firma) i dokładny adres Wykonawcy/Wykonawców [W przypadku składania oferty przez podmioty występujące wspólnie należy podać nazwy (firmy) i adresy wszystkich wspólników spółki cywilnej lub członków konsorcjum] składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze SIWZ i uznajemy się za związanych jej postanowieniami [...]”*.

Treść s.i.w.z. w zakresie tego, co jest objęte treścią oferty oraz co należało wycenić i na jakim poziomie szczegółowości zidentyfikować w formularzu ofertowym, jest jednoznaczna i niebudząca jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych. Formularz oferty stanowi więc treść oferty *sensu stricto*, a zatem nie podlega modyfikacjom ani wyjaśnieniom zmieniającym jego

treść. Można wręcz stwierdzić w ślad za orzecznictwem Izby, że formularz ofertowy z punktu widzenia przepisów PZP i zasad udzielania zamówień publicznych, stanowi najściślejszą część oferty (zwaną popularnie „merytoryczną”), która nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Jest to bowiem oświadczenie, o którym mowa w art. 66 § 1 KC, czyli oświadczenie drugiej stronie (zamawiającemu) woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy. Przyjmując zatem założenie, że wykonawcami rzeczywiście ubiegającymi się o zamówienie byli wykonawcy ZABERD i NEUROCAR, to właśnie te podmioty powinny być wskazane w formularzu oferty. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że w formularzu został ujawniony wykonawca nie biorący udziału w postępowaniu, tj. wykonawca NEUROSOFT, treść oferty jest niezgodna z s.i.w.z. w zakresie w jakim zamawiający wymagał podania w formularzu oferty nazwy wykonawców składających ofertę i ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym w ocenie odwołującego oferta konsorcjum winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, w przypadku przyjęcia, że intencją konsorcjum było złożenie oferty przez ZABERD i NEUROCAR, oferta konsorcjum winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ze względu na to, że jest niezgodna z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 66 §1 KC. Zgodnie bowiem z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy KC, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej. Z kolei zgodnie z art. 66 §1 KC, oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Bez wątplenia jednym z istotnych postanowień umowy jest określenie jej strony. Tym samym brak takiego określenia w oświadczeniu woli konsorcjum powoduje, że jest ono niezgodne z art. 66 §1 KC, a w konsekwencji nie stanowi ono oferty. Tym samym w ocenie odwołującego oferta konsorcjum winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nowa ustawa” albo „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nPzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1nPzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela istotnie merytoryczną argumentację zamawiającego, uznając ją za własną. Jak słusznie bowiem wskazał zamawiający, ocena zarzutów odwołania sprowadza się *de facto* do ustalenia podstawowej kwestii, czy zamawiający prawidłowo zakwalifikował zawarte w *petitum* formularza ofertowego oznaczenie konsorcjum ZABERD – NEUROSOFT jako oczywistą omyłkę pisarską. Potwierdzenie prawidłowości dokonanej przez zamawiającego kwalifikacji, przesądza o:

1) uprawnieniu zamawiającego do sprostowania informacji z otwarcia ofert poprzez wskazanie ZABERD S.A. – NEUROCAR sp. z o.o. jako wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (zamiast ZABERD S.A. – NEUROSOFT sp. z o.o.) – bez dokonania istotnej zmiany treści oferty złożonej przez konsorcjum i przy jednoczesnym uznaniu, że publikacja sprostowanej informacji z otwarcia ofert stanowiła potwierdzenie dokonania przez zamawiającego samodzielnego poprawienia omyłki pisarskiej w ofercie przystępującego,

2) uznaniu, że przystępujący nie dopuścił się żadnych nieprawidłowości we wniesieniu wadium i że złożona gwarancja wadialna (zawierająca prawidłowe oznaczenie wykonawców ZABERD S.A.– NEUROCAR sp. z o.o.) skutecznie zabezpiecza ofertę przystępującego, a więc nie może być przedmiotem zarzutu odwołującego,

3) uznaniu, że złożona przez przystępującego oferta jest w pełni zgodna z treścią s.i.w.z. oraz zgodna z ustawą - tzn. zawiera nie budzące wątpliwości informacje o tym, jacy wykonawcy składają ofertę w ramach konsorcjum i na powyższe uznanie nie ma wpływu

oczywista omyłka pisarska w postaci mylnego oznaczenia wykonawców w *petitum* formularza ofertowego.

W ocenie zamawiającego (z czym zgadza się Izba) brak było podstaw do odrzucenia oferty przystępującego, a stanowisko odwołującego cechuje skrajny formalizm. Jak się wskazuje w orzecznictwie KIO - oczywistą omyłką pisarską jest niezamierzona niedokładność w tekście, polegająca np. na błędzie literowym, widocznym niezamierzonym opuszczeniu wyrazu, czy też polegająca na innego rodzaju błędzie, wynikającym z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowanym uchybieniem merytorycznym. Oczywistą omyłką pisarską jest również taka omyłka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów, stanowiących treść oferty. Niewątpliwie w ofercie przystępującego wystąpiła rozbieżność w postaci wskazania wyłącznie w jednym miejscu oferty (w *petitum* formularza ofertowego) oznaczenia wykonawców tworzących konsorcjum, jako: ZABERD S.A.– NEUROSOFT sp. z o.o., podczas gdy we wszystkich pozostałych dokumentach złożonych wraz z ofertą, zawierających nazwę wykonawcy składającego ofertę, pojawia się: ZABERD S.A.– NEUROCAR sp. z o.o., tj.:

- w pkt. 10 złożonej oferty,
- w tytule pliku złożonej Oferty „(...) oferta ZABERD - NEUROCAR”,
- w tytułach wszystkich złożonych plików, stanowiących Ofertę wraz z załącznikami,
- w treści złożonego dokumentu JEDZ spółki lidera konsorcjum – ZABERD S.A. S.A., natomiast na str. 4 wpisano spółkę NEUROCAR jako konsorcjanta („b) proszę wskazać pozostałych wykonawców biorących wspólnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia).

Na fakt złożenia oferty przez ZABERD S.A.–NEUROCAR sp. z o.o. (nie zaś przez ZABERD S.A.– NEUROSOFT sp. z o. o.) wskazuje również:

- złożenie JEDZ przez spółkę NEUROCAR sp. z o.o. jako partnera konsorcjum (nie zaś przez NEUROSOFT sp. z o.o.),
- treść złożonego wraz z ofertą pełnomocnictwa konsorcjalnego, na podstawie którego NEUROCAR sp. z o.o. udzieliła spółce ZABERD S.A. pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu o zamówienie publiczne i zawarcia umowy w sprawie zamówienia,
- treść dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, w którym jako członków konsorcjum (na rzecz których wystawiono ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium) wskazano: ZABERD S.A. (lider konsorcjum) oraz NEUROCAR sp. z o.o. (partner konsorcjum),
- złożenie odrębnych oświadczeń o braku przynależności do grupy kapitałowej przez ZABERD S.A. oraz NEUROCAR sp. z o.o.

Skoro zatem tylko w jednym miejscu formularza ofertowego względem partnera konsorcjum pojawiło się oznaczenie NEUROSOFT sp. z o.o. – odmienne od oznaczenia zawartego we wszystkich pozostałych fragmentach oferty i we wszystkich dokumentach składanych wraz z ofertą (wskazanych powyżej), zamawiający miał podstawy do uznania, że w petitum formularza ofertowego doszło do oczywistej omyłki. Interpretacja treści oferty nie może mieć charakteru fragmentarycznego, lecz powinna być oparta na kompleksowej treści wszystkich dokumentów składanych wraz z ofertą i zawartych w nich oświadczeń. Tymczasem cytowane wyżej fragmenty złożonej dokumentacji ofertowej wskazują jednoznacznie, że po pierwsze wykonawcy zamierzali złożyć ofertę wspólnie, po drugie w składzie: ZABERD S.A. oraz NEUROCAR sp. z o.o., na co wskazują wszystkie dokumenty złożone wraz z ofertą oraz pkt 10 formularza ofertowego (wbrew stanowisku odwołującego w tym miejscu formularza należało wskazać pełnomocnika ale wyłącznie w rozumieniu lidera konsorcjum lub pełnomocnika spółki cywilnej). Zdaniem zamawiającego podpis złożony pod ofertą przez lidera konsorcjum działającego w imieniu i na rzecz partnera NEUROCAR sp. z o.o. jak i wstępne oświadczenie na formularzu JEDZ oraz treść wadium wskazywały, że podmiotem składającym ofertę jest konsorcjum ZABERD S.A.- NEUROCAR sp. z o.o., a nie ZABERD S.A.- NEUROSOFT sp. z o.o. Zdaniem zamawiającego, to właśnie podpis w pierwszej kolejności determinuje podmiot składający ofertę. Ten natomiast składany był w imieniu NEUROCAR sp. z o.o. Wynika to wprost z treści pełnomocnictwa udzielonego liderowi, w którym to spółka NEUROCAR sp. z o.o. upoważnił lidera do skompletowania, przygotowania, podpisywania i złożenia oferty przetargowej (punkt 1 pełnomocnictwa).

W kontekście powyższego próba przyjęcia, że ofertę złożył NEUROSOFT sp. o.o. na podstawie oczywistej omyłki zawartej w jednym miejscu dokumentacji jest nieracjonalne i wypaczające sens istnienia możliwości jakiegokolwiek poprawy oferty.

Wystąpienie zamawiającego do przystępującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień zauważonych rozbieżności w oznaczeniu partnera konsorcjum po pierwsze uzasadnione było charakterem omyłki (polegającej na rozbieżności zapisów zawartych w dokumentach ofertowych), po drugie miało charakter jedynie potwierdzający wystąpienie omyłki (o jej istnieniu przesądzały bowiem wskazane wyżej dokumenty złożone wraz z ofertą). Zatem – wbrew stanowisku odwołującego – złożone w toku postępowania wyjaśnienia nie miały na celu negocjowania treści oferty, wprowadzenia zmian do treści oferty, a jedynie potwierdzenie prawidłowości ustaleń zamawiającego, który samodzielnie dokonał identyfikacji członków konsorcjum przystępującego na podstawie całości dokumentów złożonych wraz z ofertą, oczekując jedynie potwierdzenia prawidłowości swoich działań. Zamawiający wskazał, że słusznie uznał, że istota rozbieżności w treści formularza ofertowego ma charakter czysto pisarski (omyłka w oznaczeniu tożsamości członków konsorcjum), a nie merytoryczny (błąd co do ustalenia tożsamości członków konsorcjum).

Zdaniem Izby, z istoty przepisu pozwalającego zamawiającemu na poprawienie omyłek w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp) wynika, że w przypadku gdy zamawiający stwierdzi, iż w złożonej ofercie zachodzi prawdopodobieństwo popełnienia przez wykonawcę omyłki, zamawiający ma możliwość jej poprawienia. Oczywiście zamawiający może swoją czynność poprawienia stwierdzonej omyłki poprzedzić czynnością wezwania wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże nie jest to czynność obligatoryjna, co wynika wprost z brzmienia tego przepisu, który posługuje się sformułowaniem „może”. Niemniej konsekwencją stwierdzonej i dokonanej poprawy omyłki nie może być zmiana treści złożonej oferty, do czego referuje zdanie drugie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Poprawienie oferty może jednakże dotyczyć innej omyłki, która nie będzie powodowała istotnych zmian w ofercie (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) lub jeżeli zostanie stwierdzona przez zamawiającego oczywista omyłka pisarska (art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp).

Oceniając przedmiotową sytuację nie może ująć uwadze również okoliczność, która ma decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, a mianowicie, czy czynność zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jednocześnie nie naruszając zasady proporcjonalności. W ocenie Izby niezmiernie istotne jest dokonanie oceny, czy zamawiający, opierając się o zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, w tym w szczególności treść oferty wraz z załącznikami, miał podstawy do twierdzenia, że w ofercie przystępującego wystąpiła omyłka, która dawała się sanować w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 i/lub 3 ustawy Pzp.

Odpowiadając na tak postawione pytanie, zdaniem Izby, zamawiający w przedmiotowym postępowaniu postąpił prawidłowo. Okolicznościami przemawiającymi za tak postawioną tezę są następujące fakty.

W formularzu ofertowym w pkt 10 przystępujący podał jaki jest skład konsorcjum, tj. ZABERD S.A. oraz NEUROCAR sp. z o.o. Osoba podpisująca ofertę działała w imieniu i na rzecz konsorcjum w ww. składzie, co wynika z treści udzielonego pełnomocnictwa konsorcyjnego. Treść gwarancji wadialnej dotyczy konsorcjum w ww. składzie. Poza tym wszystkie pozostałe dokumenty złożone wraz z ofertą, stanowiące załączniki do niej, również potwierdzają okoliczność, iż ofertę w postępowaniu złożyło konsorcjum w składzie ZABERD S.A. oraz NEUROCAR sp. z o.o. Nadto, choć jest to okoliczność poboczna, nazwa pliku zawierająca ofertę, umieszczona na platformie, opisana została prawidłowym składem konsorcjum.

W ocenie Izby nie ma racji odwołujący, iż przy ocenie, czy zachodzą przesłanki do poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 i/lub 3 ustawy Pzp, nie jest możliwe branie pod uwagę przez zamawiającego całokształtu dokumentów składanych przez wykonawcę wraz z ofertą. Wskazać bowiem należy, iż sam formularz ofertowy, stanowiący oświadczenie woli wykonawcy nie może być oceniany odrębnie bez uwzględnienia wszystkich okoliczności

mających wpływ na treść składanej oferty. Skoro bowiem w formularzu ofertowym, w jednym miejscu, na samym początku oferty omyłkowo podano skład konsorcjum, a dalej z oferty oraz z dokumentów stanowiących załączniki do oferty wynikają okoliczności dające podstawę do stwierdzenia omyłki, możliwa jest czynność poprawienia treści oferty, która *de facto* pozostaje bez wpływu na treść oferty i nie powoduje istotnych zmian w jej treści. Wzmocnieniem takiego stanowiska są również wyjaśnienia przystępującego złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (z trybu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), które potwierdziły zasadność stanowiska zamawiającego. Potwierdzeniem powyższego jest również oświadczenie z dnia 18 maja 2021 roku, złożone przez firmę NEUROSOFT sp. z o.o., przedstawione przez przystępującego, w którym jednoznacznie wskazano, iż spółka ta nie brała i nie bierze udziału w tym postępowaniu i nie jest członkiem konsorcjum z firmą ZABERD S.A.

Reasumując stwierdzić należało, iż zarówno sam podpis złożony pod ofertą przez lidera konsorcjum działającego w imieniu i na rzecz partnera NEUROCAR sp. z o.o. (pełnomocnictwo) jak i wstępne oświadczenie na formularzu JEDZ, treść wadium wskazywały, że podmiotem składającym ofertę jest konsorcjum ZABERD S.A.- NEUROCAR sp. z o.o., a nie ZABERD S.A.- NEUROSOFT sp. z o.o. Dodatkową przesłanką potwierdzającą ten fakt była treść punktu 10 formularza oferty.

Tym samym, wobec wyżej prezentowanego przez Izbę stanowiska, nie potwierdziły się zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy, albowiem konsorcjum przedłożyło gwarancję ubezpieczeniową, która zabezpiecza jego ofertę oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 66 §1 KC, gdyż treść oferty (po dokonaniu jej poprawienia) zgodna jest z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i kształtuje postanowienia przyszłej umowy, w jej istotnych (*essentialia negotii*) elementach.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: