

Sygn. akt: KIO/1797/10

WYROK
z dnia 2 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2010 r. w Warszawie odwołanie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum Trakcja Polska w składzie: Trakcja Polska S.A. (Lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Złota 59, XVIII p., 00-120 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, w imieniu którego działa PKP PLK S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Krakowie, Pl. Matejki 12, 31-157 Kraków**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. **Konsorcjum firm w składzie: TORPOL Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), FEROCO S.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. i Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum: ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu**
- 2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w imieniu którego działa PKP PLK S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Krakowie, Pl. Matejki 12, 31-157 Kraków i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum Trakcja Polska w składzie: Trakcja Polska S.A. (Lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Złota 59, XVIII p., 00-120 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;**
 - 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące złotych zero groszy) przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, w imieniu którego działa PKP PLK S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Krakowie, Pl. Matejki 12, 31-157 Kraków na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum Trakcja Polska w składzie: Trakcja Polska S.A. (Lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Złota 59, XVIII p., 00-120 Warszawa, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w imieniu którego działa PKP PLK S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej Kraków – Medyka – granica państwa na odcinku Podłęże – Bochnia w km 16,000 – 39,000; Przetarg 1.1.” Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z 1 maja 2010 r., pod nr: 2010/S 85-127523.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum Trakcja Polska w składzie: Trakcja Polska S.A. (Lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 20 sierpnia 2010 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

Podstawą złożonego przez Odwołującego odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum firm w składzie: TORPOL Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), FEROCO S.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. i Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum w Poznaniu (dalej: „Konsorcjum TORPOL”). Informacja odnośnie tej czynności została wysłana do Odwołującego przesyłką faksową w dniu 10 sierpnia 2010 r.

W dniu 23 sierpnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na skutek skierowanego przez Zamawiającego wezwania, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyło Konsorcjum TORPOL, przekazując jego kopię Odwołującemu i Zamawiającemu.

Biorąc pod uwagę pisma kierowane do Izby w sprawie Izba ustaliła następujące stanowiska strony postępowania oraz jego uczestnika:

I. Stanowisko Odwołującego

Według Odwołującego Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp dokonał czynności lub zaniechał dokonania czynności, do których był zobowiązany, tj.:

1. zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum TORPOL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
2. doprowadził do niedopuszczalnej zmiany treści oferty;
3. dokonał wyboru oferty Konsorcjum TORPOL jako najkorzystniejszej;
4. zaniechał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Przedstawionym wyżej zaniechaniom lub czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp i postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”), w tym w szczególności naruszenie art. 87 ust. 1 zdanie drugie, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz postanowień ust. 26.2 SIWZ załącznik nr 2 do SIWZ - załącznik do oferty, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wniósł o wydaniu wyroku nakazującego Zamawiającemu:

- 1) dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum TORPOL jako najkorzystniejszej;
- 2) dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum TORPOL;
- 3) •dokonania ponownego badania ofert; • dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazała na stepujące okoliczności w sprawie:

Zamawiający bezpodstawnie uznał, że oferta Konsorcjum TORPOL jest poprawna i w związku z tym jest najkorzystniejsza, gdy tymczasem powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził w trakcie badania ofert, że w Załączniku Nr 2 do SIWZ - Załącznik do oferty w Sub-Klauzuli Warunków Ogólnych i Szczególnych 1.1.3.3 jest podany zbyt długi czas na ukończenie robót. Czas ten zgodnie z SIWZ winien być określony na: 40 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z subklauzulą 8.1 Warunków Ogólnych, jednak nie później niż do 31.01.2014 r. Konsorcjum TORPOL w swojej ofercie określiło ten czas na: 51 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z subklauzulą 8.1 Warunków Ogólnych, jednak nie później niż do 31.12.2014 r. Tym samym – w ocenie Odwołującego - Konsorcjum TORPOL złożyło ofertę, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, bowiem oferta określa dłuższy dopuszczalny czas realizacji zamówienia o 11 miesięcy w stosunku do dopuszczalnego czasu określonego w SIWZ. Zamawiający pismem z dnia 16 lipca 2010 r. wezwał Konsorcjum TORPOL do złożenia wyjaśnień ww. zakresie powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, mówiący o wyjaśnieniach dotyczących treści oferty. Konsorcjum TORPOL pismem z dnia 20

lipca 2010 r. złożyło wyjaśnienia, załączając do nich poprawiony Załącznik Nr 2 - Załącznik do oferty. Z dalszych czynności Zamawiającego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający uznał wyjaśnienia w taki sposób, że poprawiony Załącznik Nr 2 - Załącznik do oferty przesłany przez Konsorcjum TORPOL wraz z wyjaśnieniami - dołączył do oferty Konsorcjum TORPOL, traktując to jako załącznik poprawiający treść wadliwej oferty. Zamawiający takim działaniem naruszył art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Działanie Zamawiającego doprowadziło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty dokonanej w trybie innym niż określony w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie dokonał poprawienia omyłki w ofercie Konsorcjum i nie zawiadomił o tym fakcie niezwłocznie. Nie dokonał poprawienia treści oferty, bo nie mógł tego uczynić, gdyż poprawienie treści oferty dotyczącej dopuszczalnego czasu na zakończenie robót wychodzi poza dyspozycje przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3. Byłaby to poprawka powodująca istotne zmiany w treści oferty, zmiany w zakresie *essentialia negotii* oferty. Z protokołu komisji przetargowej z dnia 23 lipca 2010 r. wynika nawet, że komisja wyjaśnienia dotyczące czasu zakończenia robót wraz z załączonym poprawionym Załącznikiem Nr 2 do SIWZ - Załącznik do oferty potraktowała jako wyjaśnienia nie dotyczące treści oferty, a jako wyjaśnienia dotyczące spełnienia przez Konsorcjum TORPOL warunków udziału w postępowaniu. Tak stanowi ust. 4 pkt b. protokołu.

Odnosząc się do wyjaśnień Konsorcjum TORPOL z dnia 20 lipca 2010 r. Odwołujący stwierdził, że powołanie się na ogólne oświadczenie, zawarte w formularzu ofertowym o akceptacji wzoru umowy, nie może usprawiedliwić niezgodnego z SIWZ oświadczenia zawartego w Załącznik nr 2 - załącznik do oferty. Treść tego załącznika jest treścią oferty, zaś *treść wzoru umowy* nie jest treścią oferty. Wzór umowy nie jest nawet formalnym załącznikiem do oferty. Waga oświadczeń – ogólnego zawartego w formularzu ofertowym i odnoszącego się do załącznika do SIWZ (wzór umowy), który nie jest załącznikiem do oferty i nie zalicza się do treści oferty, i oświadczenia szczególnego zawartego w treści oferty i określającego treść oferty - jest znacznie odmienna, na korzyść oświadczenia szczególnego.

Odwołujący zwrócił także uwagę na fakt, że zapis w Załączniku Nr 2 - Załącznik do oferty dotyczący dopuszczalnego czasu zakończenia robót (Sub-Klauzula Warunków Ogólnych i Szczególnych 1.1.3.3) był zapisem narzuconym przez Zamawiającego, rubryka ta nie była do uzupełnienia przez wykonawców. Konsorcjum TORPOL, składając oświadczenie o czasie zakończenia robót ustalając go jako: 51 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z subklauzulą 8.1 Warunków Ogólnych, jednak nie później niż do 31.12.2014 r., naruszyło w sposób istotny postanowienia SIWZ. Zwrócił uwagę także na fakt, że nie nastąpiło pomylenie Załącznika Nr 2 - Załącznik do oferty z Przetargu 1.2 przeprowadzanego na inny odcinek linii kolejowej, tak jak to sugeruje w wyjaśnieniach Konsorcjum TORPOL. O braku takiej omyłki świadczy umieszczone w górnej rubryce Załącznika Nr 2 - Załącznik do oferty Konsorcjum TORPOL oznaczenie numeru

sprawy: IROZa-216-01/POIiŚ 7.1-30/2010, które jest oznaczeniem właściwym dla przedmiotowego postępowania, a nie dla Przetargu 1.2.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 30 sierpnia 2010 r. ustosunkował się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, składając w toku rozprawy pisemna odpowiedź na odwołanie. W piśmie tym wskazał na to, że odwołanie nie jest zasadne, a Zamawiający w pełni podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu przetargu w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum TORPOL.

Zamawiający podniósł w szczególności, iż w trakcie oceny złożonych ofert spostrzegł sprzeczności w treści załącznika nr 2 do oferty, złożonej przez Konsorcjum TORPOL w stosunku do treści samej oferty. Charakter stwierdzonych sprzeczności, w kontekście złożonej oferty oraz jasno sprecyzowanych wymagań Zamawiającego, wskazywał, iż załącznik został wypełniony błędnie, to znaczy zawiera omyłki pisarskie, względnie inne omyłki, o których mowa w art. 87 ustawy Pzp. W celu potwierdzenia prawidłowości toku rozumowania Zamawiającego oraz jednoznacznego potwierdzenia charakteru błędów w wypełnieniu załącznika, w dniu 16 lipca 2010 r., Zamawiający zwrócił się do tego Konsorcjum TORPOL o złożenie wyjaśnień, zakreślając termin udzielenia odpowiedzi na 21 lipca 2010 r., godz. 11.00.

W odpowiedzi otrzymanej w dniu 20 lipca 2010 r. Konsorcjum TORPOL wyjaśniło, iż rzeczywiście wypełniony załącznik zawiera błędy wynikające z pozostawienia w kwestionowanej rubryce danych z innego formularza, składanego z ofertą w innym postępowaniu; dotyczącym innego odcinka robót na tej samej linii kolejowej. Wyjaśnienia uznano za przekonujące, zwłaszcza, iż w postępowaniu przetargowym dotyczącym kolejnego odcinka robót, to jest odcinka Bochnia - Biadoliny, rzeczywiście ten wykonawca złożył ofertę, w której termin wykonania robót zgodnie z warunkami SIWZ wynosił 51 tygodni. Żądając przedstawienia wyjaśnień, Zamawiający liczył się z koniecznością poprawienia oferty zgodnie z powołanym wyżej przepisem ustawy Pzp. Składając wyjaśnienia wykonawca przedłożył jednakże prawidłowo wypełniony załącznik nr 2 do oferty. Z tego też względu brak było potrzeby jego poprawiania przez Zamawiającego i zawiadamiania o tym wykonawcy. Uznano, iż sposób wyeliminowania błędów oferty jest znany i akceptowany zarówno przez Zamawiającego, jak i wykonawcę, co czyni zadość celowi uregulowania zawartego w art. 87 ust. 2 ustawie Pzp.

W wyniku dokonanej korekty, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie doszło do zmiany treści oferty. W ocenie Zamawiającego nastąpiło jedynie usankcjonowanie wyników jej wykładni, dokonanej zgodnie z art. 65 Kodeksu cywilnego, której to wykładni nie zabraniają przepisy ustawy Pzp. W szczególności ofertę potraktowano jako całość; która zawierając

oświadczenia woli Wykonawcy składane w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winna być wewnętrznie spójna i ukierunkowana na osiągnięcie celu, którym jest uzyskanie zamówienia. Mając powyższe na względzie trudno jest przyjąć, iż Konsorcjum TORPOL celowo wskazał w załącznikach do oferty termin realizacji zamówienia inny, niż wynikający z SIWZ, gdyż działanie takie eliminowałoby go z udziału w postępowaniu. W świetle złożonych wraz z ofertą oświadczeń, iż składana jest ona warunkach określonych przez Zamawiającego, a szczególności oświadczenia o akceptacji warunków zamówienia określonych w projekcie umowy dołączonym do SIWZ, określającym termin realizacji zamówienia na 40 miesięcy od wskazanej daty - uznać należało - iż taka była rzeczywista treść oświadczenia woli wykonawcy. Takie też rozumienie oferty potwierdziły wyjaśnienia wykonawcy złożone w trybie art. 87 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że błąd popełniony w załączniku nr 2 do oferty (żądany od wykonawców celem uporządkowania treści składanych w ofercie oświadczeń w zakresie warunków zamówienia) nie przekreślał sensu i znaczenia całej oferty i nie wpływał na możliwość odbioru wyrażonego w niej oświadczenia woli, jako składanego przy pełnej akceptacji warunków stawianych wykonawcom przez Zamawiającego, w tym, warunków dotyczących terminu realizacji zamówienia. Błąd w wypełnieniu załącznika wymagał jednakże eliminacji, co zostało jednakże dokonane bez ingerencji w treść oświadczenia woli wykonawcy. Polegało ono bowiem na potwierdzeniu treści i uściśleniu złożonego w ramach oferty oświadczenia woli, niż na jego zmianie.

III. Stanowisko Przystępującego Konsorcjum TORPOL

Przystępujący wskazał, że zarzuty i argumentacja Odwołującego nie znajdują uzasadnienia zarówno w stanie faktycznym, jak i prawnym sprawy.

Wskazał na swoje oświadczenie zawarte w treści formularza ofertowego, w którym w sposób jednoznaczny oświadczył, że zapoznał się i akceptuje treść SIWZ, której oczywistym elementem był termin wykonania zamówienia, tym samym złożył ofertę na warunkach określonych przez Zamawiającego, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie 40 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. Wskazał także na oświadczenie zawarte także w treści formularza ofertowego, dotyczące akceptacji wzoru umowy, której istotnym elementem był termin wykonania zamówienia podany w § 2 wzoru umowy.

Przystępujący wyjaśnił również, że w Załączniku nr 2 do SIWZ (załącznik do oferty) popełnił on omyłkę, polegającą na tym, że w wierszu „Czas na ukończenie robót” w trzeciej kolumnie pozostały dane z formularza przygotowanego w innym przetargu, tj. postępowaniu toczącym się w tym samym czasie na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej Kraków – Medyka – granica państwa na odcinku Bochnia – Biadoliny w km 39,000 – 61,300, gdzie wymagany był termin 51 miesięcy, a nie 40 miesięcy. Omyłkowo

termin ten Przystępujący powielił w przedmiotowym postępowaniu. W tej sprawie Przystępujący zwrócił się do Zamawiającego o poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentów odwołania wskazał, że nietrafny jest argument o tym, że wzór umowy nie jest formalnym załącznikiem do oferty, a załącznik nr 2 do SIWZ jest załącznikiem do oferty. Podniósł, że istotne dla stron postanowienia umowy zostaną wprowadzone do treści zawartej umowy, a ogólne warunki umowy, jak i wzór umowy są dokumentami tej samej ważności, stanowiącymi obowiązkowe elementy SIWZ zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Powołując się na tezy z piśmiennictwa podniósł, że pojęcie oferty było tam wielokrotnie definiowane w tym również co do tego, jakie dokumenty stanowią ofertę oraz co oznacza złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powołał się na orzecznictwo KIO przywołane w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych co do poprawiania oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując na obowiązek poprawienia w ofercie omyłki, powstający po stronie Zamawiającego w sytuacji gdy oferta zawiera wewnętrzne sprzeczności powodujące niezgodność z SIWZ w pewnym zakresie, jak również ponosząc obowiązkowość procedury wyjaśnienia treści oferty wykonawcy w postępowaniu przewidzianej w art. 87 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania oraz uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. Odwołujący stawia w odwołaniu zarzuty dotyczące oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą i wywodzi, że oferta ta winna być odrzucona. Uwzględnienie zarzutów odwołania skutkowałoby dla Odwołującego bezpośrednio możliwością uzyskania niniejszego zamówienia, stąd też Izba uznała, że zostały wypełnione wszystkie przesłanki określone w tym względzie w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznał także, że Konsorcjum TORPOL, składając przystąpienie do odwołania w dniu 23 sierpnia 2010 r., wypełniło przesłanki ustawowe określone w art. 185 ust. 2 i 3

ustawy Pzp, stając się formalnoprawnym uczestnikiem niniejszego postępowania odwoławczego.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za zasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła następujące okoliczności w sprawie istotne z punktu widzenia podnoszonych w odwołaniu zarzutów i podjętego przez Izbę rozstrzygnięcia w sprawie.

Zamawiający w pkt 15 Tomu I SIWZ – Instrukcja dla wykonawców określił, że wykonawcy mają obowiązek złożyć kompletną ofertę zawierającą m.in. przygotowane przez niego załączniki do oferty, w tym załącznik nr 1 - formularz ofertowy i załącznik nr 2 - załącznik do oferty. We wzorze formularza ofertowego zawarte zostały generalne oświadczenia, w tym m.in.

- w pkt 2 co do gwarancji wykonania całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, jej wyjaśnieniami oraz modyfikacjami oraz
- w pkt 7 co do akceptacji bez zastrzeżeń wzoru umowy oraz warunków ogólnych i szczególnych umowy przedstawionych w Tomie II SIWZ.

W tomie II SIWZ Zamawiający określił warunki umowy, ustalając też wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego, w którym to w § 2 wpisano wymogi powielone z pkt 3 SIWZ co do terminu realizacji zamówienia w okresie 40 miesięcy od Daty Rozpoczęcia.

Pismem z dnia 16 lipca 2010 r. (znak: IROZAa-216-01-45/POLIŚ 7.1-30/2010) Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum TORPOL w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści złożonej przez tego wykonawcę oferty, wskazując m.in., że w załączniku nr 2 do oferty w wierszu „Czas ukończenia robót” zostały podane dane niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający ustalił w tym piśmie termin na udzielenie wyjaśnień: 21 lipca 2010 r. godz. 11.00.

Konsorcjum TORPOL w dniu 20 lipca 2010 r. drogą faksową udzieliło Zamawiającemu wyjaśnień (pismo znak: NP./201/07/10), w których m.in. wskazało, że w załączniku nr 2 do oferty popełniono omyłkę. Konsorcjum wskazało, że w tym samym czasie wykonawca przygotowywał i składał ofertę w przetargu na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej Kraków- Medyka – granica państwa na odcinku Bochnia – Białdolino w km 39,00 – 61,300 Przetarg 1.2, gdzie wymagany był termin 51 miesięcy, a nie 40 miesięcy. Podkreślił, że omyłkowo termin ten został powielony w przedmiotowym postępowaniu. Wniósł też o poprawienie wskazanej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez wpisanie w Załączniku Nr 2 do SIWZ - Załącznik do oferty wiersz „Czas na ukończenie robót” kolumna trzecia następującej treści: „40 miesięcy od Daty Rozpoczęcia zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Ogólnych, jednak nie później niż do 31.01.2014 r.”. W

załączeniu do tego pisma Konsorcjum TORPOL przekazało poprawioną treść Załącznika nr 2 do SIWZ – Załącznika do oferty. Wykonawca ten pokreślił także w treści udzielonych wyjaśnień, że w swojej ofercie (Formularz ofertowy) w sposób jednoznaczny oświadczył, że zapoznał się i zaakceptował treść SIWZ, której oczywistym elementem jest termin wykonania zamówienia publicznego, co oznacza, że złożył ofertę na warunkach określonych przez Zamawiającego, tj. oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie 40 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. Zwrócił także uwagę na to, że w Formularzu ofertowym złożył oświadczenie o akceptacji wzoru umowy, której istotnym elementem jest termin wykonania zamówienia, podany w § 2 wzoru umowy. Podkreślił też, że poprawienie wskazanej w ofercie omyłki nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

W protokole z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 23 lipca 2010 r. w pkt wskazano, że Konsorcjum TORPOL złożyło wyjaśnienia do treści oferty i komisja stwierdziła, że wyjaśnienia te są wystarczające w celu stwierdzenia spełnienia przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Konsorcjum TORPOL jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego, stanowiącego podstawę podjętego w sprawie rozstrzygnięcia: dokumenty z postępowania o zamówienie publiczne nadesłane przez Zamawiającego do akt sprawy, w szczególności postanowienia SIWZ, załączniki nr 1 i 2 do SIWZ, tom II warunki umowy i jego § 2, treść oferty Przystępującego, pismo Zamawiającego z dnia 16 lipca 2010 r., skierowane do Konsorcjum TORPOL, pismo Konsorcjum TORPOL z dnia 20 lipca 2010 r. skierowane do Zamawiającego, protokół z posiedzenia komisji z dnia 23 lipca 2010 r., pismo o wynikach postępowania z dnia 10 sierpnia 2010 r., uwzględniono również stanowiska stron oraz Przystępującego wyrażone na piśmie oraz ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izby oraz przyjęte w postępowaniu dowody Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo stwierdzone w tej ofercie niezgodności z treścią SIWZ. Owa niezgodność niewątpliwie ma charakter niezgodności merytorycznej co do treści oferty z treścią SIWZ, co wypełnia dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający określił w SIWZ jako wymagany termin realizacji zamówienia 40 miesięcy od Daty rozpoczęcia robót, zaś Konsorcjum TORPOL, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą zaoferowało 51 miesięczny termin wykonania zamówienia. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami postępowania

odwoławczego oraz jego uczestnikiem. Z jednej strony Zamawiający i Przystępujący, a z drugiej strony Odwołujący wywodzą jednak z tej niezgodności odmienne dla postępowania skutki. Izba w tym zakresie stwierdziła, że stanowisko prezentowane przez Odwołującego jest słuszne. W ocenie Izby czynności podejmowane w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego naruszają podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania. Zamawiający z jednej strony stwierdził w ofercie Konsorcjum TORPOL sprzeczność z treścią SIWZ i wezwał tego wykonawcę do złożenia w tym zakresie stosownych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z drugiej zaś strony po stwierdzeniu tej niezgodności i udzielonych wyjaśnieniach przez Konsorcjum TORPOL, w których wykonawca przyznał wskazaną niezgodność naprawiając ją przesłanym nowym formularzem (Załącznik nr 2 do oferty), dokonał wyboru oferty Konsorcjum TORPOL jako oferty najkorzystniejszej.

Jeśli Zamawiający uznał, że oferta Konsorcjum TORPOL faktycznie zawiera omyłkę poprawialną w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp powinien był bezwzględnie przeprowadzić procedurę przewidzianą w tym przepisie ustawy Pzp. Procedura przewidziana w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zakłada przy stwierdzeniu przez Zamawiającego w ofercie omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ konieczność z jednej strony poprawienia tej omyłki w ofercie przez Zamawiającego, z drugiej zaś niezwłocznego zawiadomienia o tym fakcie wykonawcy, którego oferta została poprawiona, gdyż wykonawca ten w terminie 3 dni od doręczenia zawiadomienia może nie zgodzić się na poprawienie wskazanej omyłki. Żadna z tych czynności nie została przez Zamawiającego dokonana. W efekcie we wskazanym postępowaniu *de facto* naprawy swojej oferty, poprzez przedłożenie w toku procedury wyjaśnień treści oferty nowego Załącznika nr 2 do oferty, w którym wskazano już właściwy termin wykonania zamówienia, dokonał sam wykonawca, czego przepisy ustawy Pzp nie przewidują. Izba uznała, że takie działanie ze strony wykonawcy i z drugiej strony akceptacja ze strony Zamawiającego takiego działania wykonawcy, doprowadziło do niedopuszczalnych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego negocjacji pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą, które to negocjacje dotyczyły treści złożonej oferty, również co do dokonanej zmiany w treści oferty. Tym samym został naruszony przez Zamawiającego wprost przepis art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

Izba stwierdziła również, że formalne przeprowadzenie wskazanej procedury poprawienia oferty Konsorcjum TORPOL w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp również byłoby niedopuszczalne. Przywołany przepis stanowi bowiem wyjątek od zasady i jako taki powinien być traktowany ściśle. Zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty, która jest zgodna z postanowieniami SIWZ, a w przypadku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ obligatoryjne jest odrzucenie oferty wykonawcy w

trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jeśli więc Zamawiający w toku badania i oceny ofert stwierdzi jakąś sprzeczność merytoryczną oferty z SIWZ może wyjątkowo zastosować procedurę naprawczą tej oferty przy spełnieniu określonych warunków, sprecyzowanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wykładania gramatyczna tego przepisu pozwala na poprawienie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jeśli spełnione są trzy istotne elementy:

- 1) w ofercie wykonawcy mamy do czynienia z omyłką;
- 2) stwierdzona omyłka polega na sprzeczności treści oferty (merytorycznej części oferty) z treścią SIWZ;
- 3) poprawienie omyłki przez Zamawiającego nie doprowadzi do istotnych zmian treści oferty.

Stan faktyczny w niniejszej sprawie pozwala na stwierdzenie, że niewątpliwie wypełniony jest tu drugi z elementów koniecznych do zastosowania procedury w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. mamy do czynienia z merytoryczną sprzecznością oferty z SIWZ.

Co do tego, czy mamy do czynienia z omyłką, czyli pomyłkowym zapisem w treści oferty, który nie wynikał z woli wykonawcy, są jednak poważne wątpliwości. To, że w treści oferty mamy do czynienia z pomyłką, a nie z celowym złożeniem przez wykonawcę oświadczenia innej treści musi wynikać z treści samej oferty. Poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinno być bowiem dokonane przez samego Zamawiającego bez udziału wykonawcy na podstawie całości oferty. Nie można tłumaczyć okoliczności popełnienia w ofercie oczywistej omyłki tym, iż wykonawca nie mógł dążyć do złożenia oświadczenia woli niezgodnego z wymogami Zamawiającego, ponieważ taki tok rozumowania i argumentacji prowadziłby do tezy o braku konieczności i możliwości żądania przez Zamawiającego w SIWZ od wykonawców jakichkolwiek dokumentów, czy oświadczeń na potwierdzenie spełniania wymogów, odnoszących się do przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji wystarczyłoby jedynie oświadczenie wykonawcy o woli wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ za określoną cenę. Skoro Zamawiający jednak określa w SIWZ szczegółowe wymogi dotyczące wykonania zamówienia oraz oczekuje ich potwierdzenia w treści oferty wykonawcy następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia zobowiązany jest on do badania i oceny oferty wykonawcy pod kątem określonych w SIWZ wymogów.

W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający - dopiero po złożeniu przez wykonawcę po upływie terminu do składania ofert odrębnego oświadczenia woli odnośnie terminu wykonania zamówienia - uznał, że oferta Konsorcjum TORPOL jest zgodna z SIWZ. Treść samej oferty nie pozwalała na takie działanie ze strony Zamawiającego. Tym samym poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

prowadziłoby do niedozwolonych negocjacji z wykonawcą co do treści jego oświadczenia woli w kwestii terminu wykonania zamówienia, zawartego w ofercie i w efekcie tych negocjacji do zmiany tego oświadczenia woli.

Izba uznała, że treść oferty Konsorcjum TORPOL nie pozwalała na stwierdzenie, że wykonawca ten jedynie omyłkowo określił 51 miesięczny termin wykonania zamówienia. Twierdzenia Przystępującego, że w tym samym czasie przygotowywał ofertę w analogicznym postępowaniu o zamówienie publiczne (ta sama linia kolejowa, ale inny odcinek), w którym to postępowaniu wymagany był termin 51 miesięczny, nie zasługują na uwzględnienie. Izba nie przeczy temu, iż faktycznie wykonawca ten mógł przygotowywać i składać wskazaną ofertę w innym postępowaniu, a także temu, że wykonawca ten mógł faktycznie zasugerować się wymogami innego postępowania, powyższe jednak, aby mogło stać się podstawą naprawy oferty w trybie poprawienia omyłki, powinno wynikać z treści samej oferty złożonej w niniejszym postępowaniu. Słusznie zauważył Odwołujący, iż w treści spornego formularza – Załącznik do oferty nr 2 – gdzie określono termin realizacji zamówienia Konsorcjum TORPOL wskazało dane odnoszące się do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie innego postępowania. O powyższym świadczy choćby wskazany na tym formularzu nr sprawy: IROZAa-216-01/POLIŚ 7.1-30/2010, który jest numerem sprawy przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie innego postępowania. Treść oferty Konsorcjum TORPOL nie pozwala zatem na stwierdzenie, że powstały tam błąd jest wynikiem omyłki wykonawcy, a nie jego celowego działania i złożenia oświadczenia woli o określonej wyrażonej w ofercie treści. Argumentacja Przystępującego wskazuje tylko na to, że w przypadku jego oferty mamy do czynienia z niedopełnieniem należytej staranności po stronie tego wykonawcy przy sporządzaniu oferty, skutkujące stwierdzeniem niezgodności treści oferty Konsorcjum TORPOL z SIWZ, co znajduje swoje konsekwencje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, biorąc również pod uwagę obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Izba nie uwzględniła też argumentacji Zamawiającego i Przystępującego o tym, iż złożone w ofercie Konsorcjum TORPOL oświadczenia o akceptacji postanowień umowy oraz oświadczenia o gwarancji wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, zawarte w treści formularza ofertowego – Załącznik nr 1, warunkują prawidłowość złożenia oferty zgodnie z SIWZ. Przywołane oświadczenia zawarte w formularzu ofertowym mają charakter postanowień o charakterze ogólnym i generalnym. Zamawiający w niniejszym postępowaniu obok tych generalnych oświadczeń żądał złożenia konkretnych oświadczeń woli przez wykonawców w ramach składanych ofert, których zakres uszczegółowił w treści SIWZ. Między innymi wymagane było konkretne oświadczenie woli co do „Czasu na ukończenie

robót”, czyli terminu realizacji zamówienia. W tym też zakresie oświadczenia o charakterze generalnym nie mogą w zestawieniu z wymaganym w SIWZ oświadczeniem o konkretnej treści zastępować tego oświadczenia.

Zgodzić należy się z twierdzeniami Zamawiającego i Przystępującego zgłoszonymi w toku rozprawy, że przy interpretacji oświadczenia woli, jakim jest oferta, należy uwzględniać okoliczności, o których mowa w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Przepis ten ma zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w związku z art. 14 ustawy Pzp. Tak więc zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, które należy brać pod uwagę przy interpretacji oświadczenia woli, ze względu na okoliczności, w których dane oświadczenie zostało złożone, nie mogą jednak stać się podstawą do pominięcia wymogów, jakie sam Zamawiający określił w SIWZ, aby wykonawcy złożyli wiążące ich samoistne i szczegółowe oświadczenie woli odnośnie terminu realizacji zamówienia, które nie może być pomijane przy oświadczeniu o charakterze ogólnym o zgodności oferty z SIWZ, czy chęci realizacji zamówienia zgodnie z postanowieniami przygotowanego przez Zamawiającego wzoru umowy. Taki sposób postępowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obarczonego szczególnymi wymogami i mocno sformalizowanego, prowadziłyby do wniosku, że w postępowaniu tym, niezależnie od wymogów Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia i terminu oraz sposobu jego realizacji, wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia o charakterze generalnym oraz ceny ofertowej i każde ewentualne niezgodności w treści oferty co do wskazanego zakresu z wymogami Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Taki sposób postępowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest niedopuszczalny, gdyż prowadziłyby przede wszystkim do naruszania zasad udzielania zamówień określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Poprawienie wskazanej niezgodności oferty Konsorcjum TORPOL z treścią SIWZ doprowadziłoby do konieczności złożenia przez tego wykonawcę nowego oświadczenia woli, a zasadniczo w niniejszym stanie faktycznym do przyjęcia za wiążące nowego oświadczenia woli wykonawcy złożonego po upływie terminu składania ofert, co jest niedopuszczalnym uzupełnieniem oferty w przepisów ustawy Pzp. Powyższe – w ocenie Izby – stanowiłoby niedopuszczalną zmianę treści oferty wykonawcy, skutkującą również uznaniem, że mamy do czynienia z istotną zmianą treści oferty.

Izba tym samym stwierdziła naruszenie wskazywanych w treści odwołania przepisów ustawy Pzp. Izba nie odnosiła się do twierdzeń Odwołującego podnoszonych w toku rozprawy, co do prac komisji przetargowej, która - zdaniem Odwołującego - zaniechała czynności badania i oceny ofert, uznając powyższe za formalny zarzut Odwołującego, który

nie był podnoszony w treści odwołania, zatem – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, uwzględniając jednocześnie - na podstawie § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dz. U. Nr 41, poz. 238) - uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, wykazane w przedłożonym w toku rozprawy rachunku.

Przewodniczący:

.....