

Sygn. akt: KIO 532/15

Sygn. akt: KIO 534/15

WYROK

z dnia 2 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**

Protokolant: **Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 kwietnia 2015 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 18 marca 2015 r. przez wykonawcę – **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe WAMACO Sp. z o.o.**, ul. K. Olszewskiego 8, 20-471 Lublin (sygn. akt: **KIO 532/15**);
- B. w dniu 18 marca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o., R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "Varia Tech R. K." R. K.**, ul. Trębacka 4/349, 00-074 Warszawa (sygn. akt: **KIO 534/15**),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o.**, al. J. Piłsudskiego 15, 20-407 Lublin,

przy udziale:

- A. wykonawcy – **Instal Kraków S.A.**, ul. K. Brandla 1, 30-732 Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego** w sprawie o sygn. akt: **KIO 532/15** oraz **KIO 534/15**;
- A. wykonawcy – **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe WAMACO Sp. z o.o.**, ul. K. Olszewskiego 8, 20-471 Lublin, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego** w sprawie o sygn. akt: **KIO 534/15**,

orzeka:

1. oddala odwołania;

2. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: **KIO 532/15** obciąża wykonawcę - **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe WAMACO Sp. z o.o.**, ul. K. Olszewskiego 8, 20-471 Lublin i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: **KIO 534/15** obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o., R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "Varia Tech R. K." R. K.**, ul. Trębacka 4/349, 00-074 Warszawa i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 532/15

Sygn. akt: KIO 534/15

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „wykonanie robót budowlanych objętych Kontraktem nr K4: „Przebudowa stacji mechanicznego odwadniania osadu przefermentowanego w Oczyszczalni Ścieków „Hajdów” w Lublinie” w ramach Projektu pn.: „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie - Etap II” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej - Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007-2013”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 stycznia 2015 r. pod numerem 6526-2015.

Sygn. akt: KIO 532/15

Odwołujący stosownie do treści przepisu art. 180 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust.1 ustawy Pzp oraz pkt. 12.2.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) poprzez przyjęcie, że z uwagi na zawarcie w treści gwarancji ubezpieczeniowej zapisów niezgodnych z aktualnym brzmieniem art. 46 ust 4a i 5 ustawy Pzp uznać należy, że wykonawca nie złożył wadium, podczas gdy:
 - a) treść złożonej przez Odwołującego gwarancji ubezpieczeniowej odpowiada w całości treści wymagania, jakie Zamawiający sformułował w pkt. 12.2.2 SIWZ;
 - b) Zamawiający w pkt 12.2.2. oraz 12.5.2. SIWZ określił odmiennie od przewidzianej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp zarówno treść gwarancji, jak i zdarzenia, które będą go uprawniały do zatrzymania wadium; w tym przetargu Zamawiający nie miał prawnego obowiązku określania wadium, co oznacza, że w świetle art. 45 ust. 1 ustawy Pzp mógł swobodnie określić zarówno rodzaj i treść zabezpieczenia, jak i katalog zdarzeń uprawniających do zatrzymania wadium;
2. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 84 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp w zw. z pkt 4.1.III SIWZ tom I. IDW poprzez niedopuszczalną zmianę oferty złożonej przez Instal Kraków S.A. poprzez zmodyfikowanie danych liczbowych zawartych w załączniku do oferty (Harmonogramie przeglądów serwisowych) i zaniechanie odrzucenia oferty tegoż wykonawcy; dane te miały istotne znaczenie dla Zamawiającego, o czym świadczy odrzucenie z tego powodu oferty

Konsorcjum: Europejski Koncern Energetyczny Sp. z o.o. i Varia Tech K. R., a i ich modyfikacja stanowiła modyfikację pierwotnego oświadczenia woli Instal Kraków S.A., złożonego w ofercie.

3. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Instal Kraków S.A., która zawiera cenę rażąco niską i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem kształtuje się poniżej kosztu wykonania usługi serwisowania wymaganej przez Zamawiającego.

Stosownie do treści art. 190 ust. 1 oraz art. 192 ust 3 pkt. 1 ustawy Pzp Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci:
 - a] pisma Zamawiającego z dnia 13.03.2015 r. na okoliczność przyczyn odrzucenia ofert Odwołującego oraz Konsorcjum: Europejski Koncern Energetyczny Sp. z o.o. i Varia Tech K. R.;
 - b] Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
 - c] wyjaśnienia Zamawiającego do pytań wykonawców - oba na okoliczność warunków przetargowych sformułowanych przez Zamawiającego;
 - d] Harmonogramu przeglądów serwisowych złożonego wraz z ofertą Instal Kraków S.A.;
 - e] pisma Instal Kraków S.A., zawierającego zmieniony harmonogram przeglądów serwisowych z dnia 4.03.2015 r. - oba na okoliczność zakresu modyfikacji oferty dokonanej przez Instal Kraków S.A.;
 - f] oferty przetargowej Instal Kraków S.A. z dnia 09.02.2015 r.;
 - g] pisma Zamawiającego z dnia 25.02.2015 r. w nawiązaniu do oferty Instal Kraków S.A. z dnia 09.02.2015 r.;
 - h] pisma Zamawiającego z dnia 09.03.2015 r. w nawiązaniu do wyjaśnień Instal Kraków z dnia 04.03.2015 r.;
 - i] umowy na świadczenie usług serwisowych - na okoliczność, że usługa serwisowa stanowi w istocie odrębny od głównego (robót budowlanych) przedmiot zamówienia publicznego;
 - j] oferty GEA Westfalia z dnia 09.02.2015 r. na okoliczność wartości usługi serwisowej objętej przedmiotem zamówienia oraz oferty Instal Kraków S.A. oraz faktu, iż wartość ta przekracza kwotę oferty Instal Kraków S.A. za świadczenie usług serwisowych;
 - k] pisma GEA Westfalia Separator z dnia 9.03.2015 r. na okoliczność, że firma ta jest wyłącznym i jedynym autoryzowanym podmiotem do świadczenia usług serwisu gwarancyjnego w odniesieniu do urządzeń będących przedmiotem oferty Instal

Kraków S.A.;

l] kopii ofert na świadczenie usług serwisowania:

- oferta firmy EMI Sp. z o.o. na okoliczność wartości usług serwisowych objętych przedmiotem zamówienia (dotyczy: kompletne stacje przygotowania i dozowania polielektrolitu oraz stacji wtórnego rozcieńczania polielektrolitu),
 - oferta firmy SPIRAC na okoliczność wartości usług serwisowych objętych przedmiotem zamówienia (dotyczy: przenośników ślimakowych],
 - oferta firmy SIGMA S.A. na okoliczność wartości usług serwisowych objętych przedmiotem zamówienia (dotyczy: przenośnika taśmowego],
 - oferta firmy AFT Sp. z o.o. na okoliczność wartości usług serwisowych objętych przedmiotem zamówienia (dotyczy: pomp i macetatorów],
 - oferta firmy EKOHELP na okoliczność wartości usług serwisowych objętych przedmiotem zamówienia (dotyczy: pomp firmy WENGEN).
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego WAMACO Sp. z o.o. i/lub nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 3. zasądzenie na rzecz Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego WAMACO Sp. z o.o. zwrotu kosztów postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący w pierwszej kolejności wyjaśnił, że pismem datowanym na dzień 13 marca 2015 r. i w tym samym dniu przesłanym faksem do Odwołującego, Zamawiający odrzucił ofertę Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego WAMACO sp. z o.o. podając, jako przyczynę odrzucenia oferty, fakt wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, bowiem w treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, stanowiącej zabezpieczenie wpłaty wadium, znalazło się odwołanie do nieaktualnego brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający powołując się na orzeczenie w sprawie o sygn. akt: KIO 2369/14 podniósł, że jakkolwiek przepisy ustawy Pzp nie przewidują treści gwarancji, to jest oczywiste, że musi ona obejmować okoliczności określone w art. 46 ust 4a i 5 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, stanowisko to jest błędne, głównie z powodu przemilczenia przez Zamawiającego faktu, iż taka a nie inna treść gwarancji wynika z jego zachowania, gdyż w SIWZ narzucił wykonawcom taką treść, którą dzisiaj określa jako niezgodną z aktualnym brzmieniem przepisu.

Odwołujący podał, że w świetle pkt. 12.2.2. SIWZ „*gwarancja powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i winna zawierać następujące elementy (...)*”. Pod lit. e tego postanowienia SIWZ zostały wymienione warunki, po spełnieniu, których Zamawiający może skorzystać przedłożonej gwarancji. Odwołujący stwierdził, że warunki te

są identycznie z tymi, jakie obowiązywały w stanie prawnym obowiązującym przed nowelą ustawy Pzp z października 2010 r. a są nieco odmienne od tych, które przewiduje aktualnie obowiązujący art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący zauważył, że przedłożona przez Odwołującego gwarancja zawiera wszystkie wymagania określone w pkt. 12.2.2. SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, wynikają z tego następujące wnioski:

- 1) Zamawiający odmiennie niż to przewidziano w aktualnym brzmieniu art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp określił warunki, w których będzie mógł skorzystać z gwarancji jako odmiennej niż pieniężna formy wniesienia wadium.
- 2) Wniesione przez Odwołującego wadium, w postaci gwarancji ubezpieczeniowej jest zgodne z wymaganiami SIWZ.
- 3) Zamawiającemu wolno określić mniej rygorystyczne niż przewidziane w ustawie Pzp warunki skorzystania z gwarancji jako zabezpieczenia wadium i nie oznacza to, że gwarancja, która została złożona zgodnie z SIWZ, choć o treści odmiennej niż to określa art. 46 ustawy Pzp nie zabezpiecza interesów Zamawiającego. Taka gwarancja zabezpiecza interesy Zamawiającego, choć nie wszystkie, co jest jednak wynikiem jego świadomej decyzji, wyrażonej w momencie ogłaszania przetargu. Nie jest więc uprawniony wniosek, że nie zostało złożone zabezpieczenie (wadium). Wniesione wadium zabezpiecza Zamawiającego jedynie na wypadek niektórych zdarzeń, co nie oznacza jego sprzeczności z ustawą. Zgodnie bowiem z art. 70⁴ § 1 k.c. w przetargu można zastrzec, że przystępujący do przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty. Jest to więc kwestia swobodnej decyzji Zamawiającego. Konstrukcja ustawy Pzp jest taka, że wadium wnosi się na żądanie zamawiającego a nie z mocy ustawy (art. 41 pkt. 8 ustawy Pzp). W tej sprawie żądanie wadium nie było obligatoryjne - odbywało się wyłącznie na żądanie Zamawiającego określone w SIWZ (art. 45 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). W tym postępowaniu Zamawiający miał pełną swobodę tak co do decyzji o żądaniu wadium, określenia co ono ma zabezpieczać i jakie okoliczności uprawniają go do zatrzymania wadium. W pkt. 12.5.2. SIWZ Zamawiający określił odmiennie, niż to ma miejsce w art. 46 ust 4a i 5 ustawy Pzp, zdarzenia uprawniające go do zatrzymania wadium. Jednocześnie pomiędzy tymi warunkami określonymi w SIWZ a treścią złożonej gwarancji istnieje pełna korelacja. Zamawiający posiada więc zabezpieczenie prawa do zatrzymania w przypadku wystąpienia zdarzeń uzasadniających zatrzymanie wadium, a opisanych w pkt 12.5.2 SIWZ.
- 4) Przeciwnie zapatrywanie, w ocenie Odwołującego, musiałoby prowadzić do wniosków *ab absurdum*. W istocie bowiem doszłoby do sytuacji, w której oferta każdego

wykonawcy podlegałyby odrzuceniu, gdyż wadium wniesione przez wykonawcę o treści zgodnej z aktualnym brzmieniem art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp jest niezgodne z SIWZ, a wadium wniesione zgodnie z SIWZ jest niezgodne z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Tego rodzaju sytuacja musiała by być interpretowana jako wywołana z winy Zamawiającego okoliczność prowadząca do nieważności postępowania z powodu niemożliwości wybrania ważnej oferty, co należałoby postrzegać jako wynik sprzeczności SIWZ z ustawą. Zdaniem Odwołującego, taka sytuacja jednak nie zachodzi, gdyż Zamawiający jest uprawniony do odmiennego niż przewidziany w art. 46 ust 4a i 5 ustawy Pzp określenia zdarzeń uprawniających do zatrzymania wadium. Przy czym chodzi tu o odmienność niewykraczającą poza ramy ustawowe, tj. zamawiający może ograniczyć, w stosunku do ustawowego, zakres okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, a nie może go rozszerzyć.

- 5) Odwołujący podkreślił, że wywołany przez Zamawiającego problem z zakresem zdarzeń uprawniających do zatrzymania wadium jest czysto teoretyczny, albowiem w tym konkretnym przypadku nie zachodzą wobec Odwołującego żadne okoliczności, które mogłyby uzasadniać uprawnienie do zatrzymania wadium, a potencjalnie możliwe do wystąpienia w przyszłości (typu nie przystąpienie do podpisania umowy), są zabezpieczone przez złożoną przez Odwołującego gwarancję ubezpieczeniową przewidującą katalog takich czynności.

Istotnym przy tym jest, zdaniem Odwołującego, że pismo o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu pozostałych ofert zostało doręczone w dniu 13 marca 2015 r., tj. po dacie upływu terminu ważności ofert i ważności wadium. W dacie tej kwestionowana przez Zamawiającego gwarancja ubezpieczeniowa była już nieważna. Natomiast Zamawiający w dniu 6 marca 2015 r. zwrócił się do dwóch pozostałych wykonawców z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą. Takiego pisma Zamawiający nie wysłał do Odwołującego. Odwołujący samodzielnie złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z gwarancją ubezpieczeniową. Na dzień podejmowania decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej interesy Zamawiającego są zabezpieczone.

Interes prawny Odwołującego w zaskarżeniu czynności odrzucenia jego oferty przejawia się w tym, jak wskazał Odwołujący, że jego oferta, w przypadku podzielenia argumentów co do braku podstaw do jej odrzucenia, byłaby ofertą najkorzystniejszą, albowiem oferta Instal Kraków S.A. obarczona jest wadami uzasadniającymi jej odrzucenie. Wynika to z następujących okoliczności:

W toku postępowania doszło do niedopuszczalnej, w świetle art. 84 ust. 1 ustawy Pzp *a contrario*, zmiany oferty wykonawcy Instal Kraków S.A. Zgodnie z pkt. 4.1.III SIWZ tom I.

IDW Zamawiający wymagał, aby Wykonawca złożył Harmonogram przeglądów serwisowych wszystkich oferowanych urządzeń, zgodnie z formularzem załączonym do wzorca oferty. Harmonogram winien uwzględniać *„cały zakres rzeczowy czynności serwisowych niezbędnych do wykonania, w celu zapewnienia ciągłości pracy serwisowanych urządzeń w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia objętego Etapem 11, z uwzględnieniem czasookresu ich wykonania”*.

Formularz Harmonogramu przewidywał w kolumnie 2 obowiązek podania „ilości godzin pracy”. Z wyjaśnień do pytań, jakie złożyli wykonawcy do Zamawiającego, wynika niebudzący wątpliwości wniosek, że w kolumnie tej należało podać ilości godzin, po których przepracowaniu urządzenie poddawane jest przeglądowi serwisowemu.

Następnie Zamawiający, w piśmie z dnia 4 marca 2015 r. wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentu, z którego będzie wynikać ilość godzin, po których będą wykonywane przeglądy gwarancyjne. Chodziło zatem o dokument, który był treścią oferty - formularzem nazwanym Harmonogram przeglądów serwisowych. Istotne jest, że Zamawiający nie wzywał wykonawcy, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wobec braku tego dokumentu, lecz w trybie prawa do złożenia wyjaśnień.

W następstwie tego wezwania Instal Kraków S.A. załączył do swojego pisma z dnia 4 marca 2015 r. skorygowany Harmonogram przeglądów serwisowych.

Po złożeniu tego Harmonogramu Zamawiający poinformował wykonawcę, pismem z dnia 9 marca 2015 r. o sprostowaniu, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pomyłki w ofercie Instal Kraków S.A.

W tej sytuacji doszło do niedopuszczalnej, zdaniem Odwołującego, modyfikacji oferty tegoż Wykonawcy. Jest przy tym nieistotne, czy wprowadzenie pierwotnych danych do Harmonogramu nastąpiło od początku omyłkowo czy też świadomie i z jakiego powodu nastąpiła taka zmiana (np. wadliwej oceny treści dokumentacji przetargowej, w szczególności wyjaśnień do SIWZ).

Jedynym wyjątkiem od zasady przewidzianej w art. 84 ust. 1 ustawy Pzp jest możliwość sprostowania przez Zamawiającego a nie Wykonawcę oferty w przypadku zaistnienia trzech rodzajów omyłek przewidzianych w art. 87 ust 2 ustawy Pzp. Do żadnej z tych kategorii omyłek nie należą zmiany, jakie wprowadził do Harmonogramu Wykonawca, już po dniu składania ofert

Prawo zamówień publicznych nie definiuje omyłki pisarskiej ani omyłki rachunkowej. Takiej definicji nie zawierają też przepisy innych ustaw, w których występują pojęcia błędu pisarskiego i błędu rachunkowego, np. k.p.c. czy k.p.a. Na podstawie orzecznictwa wypracowanego w czasie stosowania tych ustaw można jednak określić, że błąd pisarski to niewłaściwe użycie wyrazu, nieprzestrzeganie zasad gramatycznych, opuszczenie wyrazów lub liter, gdy okoliczność ta wynika z treści zdania. Błąd rachunkowy to z kolei niewłaściwe

przeprowadzenie działań matematycznych, sprzeciwiające się zasadom matematycznym. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawienia bez odwoływania się do innych dokumentów. W zakresie tego pojęcia mieszczą się zatem tylko takiego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej dogłębnej analizy. Oznacza to, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Jak wskazano w wyroku KIO z 18 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 783/13: *"Omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 2, jest to omyłka w przeprowadzonych działaniach na liczbach. Z omyłką rachunkową mielibyśmy do czynienia, gdyby wykonawca niewłaściwie dokonał mnożenia wymienionych składników. Omyłka powinna mieć charakter oczywisty - co oznacza, że każdy ze składników jest określony i wprost wymieniony, a niewłaściwie przeprowadzone działanie matematyczne doprowadziło do tego, że podany iloczyn jest błędny"*.

Oczywistość omyłek rachunkowych polega na popełnieniu błędów w działaniach matematycznych, natomiast nie można mówić o oczywistości w przypadku podania wadliwych stawek lub ilości. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 18 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 783/13 stwierdziła, że *"omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2, jest to omyłka w przeprowadzonych działaniach na liczbach. Z omyłką rachunkową mielibyśmy do czynienia, gdyby wykonawca niewłaściwie dokonał mnożenia wymienionych składników."*

Skoro zatem oczywistym jest, że dokonana przez Instal Kraków S.A. zmiana istotnego załącznika oferty nie może być kwalifikowana jako oczywista omyłka pisarska czy rachunkowa to należy rozważyć, zdaniem Odwołującego, czy może ona być kwalifikowana jako inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Prawo do poprawy takich pomyłek ma Zamawiający, ale tylko wówczas, jeżeli poprawki tych omyłek nie spowodują istotnych zmian w treści. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli (wyrok KIO z 17 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 77/07; wyrok ZA z 21 lipca 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2075/06; wyrok ZA z 30 marca 2006 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-879/06; 9 stycznia 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-4036/05).

Istotność zmiany treści oferty ma charakter całkowicie indywidualny i nie może być oceniana w oderwaniu od konkretnej oferty, treści zmiany oraz treści SIWZ. Jak podkreślił SO w Krakowie w wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: XII Ga 102/09, niepubl.), *"kwalifikator istotnych zmian [...] należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego*

efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia".

W tym duchu o istotności tej zmiany przesądza stanowisko samego Zamawiającego odnoszące się do oferty Konsorcjum: Europejski Koncern Energetyczny Sp. z o.o. i Varia Tech K. R. . W tym bowiem przypadku Zamawiający odrzucił ofertę tego Wykonawcy jako sprzeczną z SIWZ uznając, że wartości liczbowe określone w Harmonogramie przeglądów serwisowych prowadzą do sytuacji, w której nie będzie zapewnione wykonywanie tych przeglądów przez cały okres eksploatacji urządzeń.

To przesądza o tym, w ocenie Odwołującego, że dane liczbowe wskazane w Harmonogramie są niezwykle istotnym elementem przedmiotu zamówienia, a tym samym oferty (oświadczenia woli) wykonawcy i ich modyfikacja nie jest możliwa, nawet jeżeli wykonawca pomylił się w ich podaniu. Jest przy tym oczywistym, że w świetle wyjaśnień do SIWZ, jakie Zamawiający zamieścił wskutek złożonych przez Wykonawcę zapytań, dla każdego uczestnika postępowania winno być jasnym, że w Harmonogramie należy umieścić liczbę godzin, po których nastąpić winien przegląd serwisowy. Wymuszanie przez Zamawiającego na wykonawcy złożenia takiego dokumentu ponownie, mimo tego, że został on przedłożony jako załącznik do oferty, a następnie korygowanie oferty w trybie korekty pomyłki, o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, jest niedopuszczalną, zdaniem Odwołującego, ingerencją w treść tej oferty po dacie składania ofert

Niedopuszczalność dokonywania zmian w ofercie wynika również z tego faktu prawnego, iż omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że "oczywistość" omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wprowadzenie zatem „nowych" danych liczbowych musi być więc możliwe w oparciu o dane posiadane przez Zamawiającego, na podstawie już posiadanej oferty, a nie w oparciu o dane dostarczone przez wykonawcę już po dniu składania ofert, a z taką sytuacją, w ocenie Odwołującego, mamy do czynienia w sprawie niniejszej.

Zdaniem Odwołującego, oferta Instal Kraków S.A. winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust 1 ustawy Pzp a brak odrzucenia oferty przez Zamawiającego narusza również art 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że cena oferowana przez Instal Kraków S.A., w zakresie określenia ceny za wykonanie II Etapu przedmiotu zamówienia (usług serwisowych), jest rażąco niska, a w zasadzie jest poniżej kosztu wykonania, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący przytoczył argumenty uprawniające do analizowania ceny usługi

serwisowej, jako osobnego składnika cenotwórczego i są one następujące:

- 1) przedmiot zamówienia składa się *de facto* i *de iure* z dwóch odrębnych przedmiotów, realizowanych w dwóch samodzielnych etapach.
- 2) Zamawiający przewidział odrębny, od pozostałego a opisanego w Etapie I przedmiotu zamówienia, wzór umowy na realizację usług serwisowych. Mamy zatem wzór umowy na roboty budowlane oraz wzór na usługi serwisowe.
- 3) Cena za realizację II Etapu jest jednym z trzech kryteriów oceny oferty z wagą 10%.
- 4) Z punktu widzenia treści umowy, jaka ma być zawarta z wybranym wykonawcą, wszelkie konsekwencje jej nienależytego wykonania są powiązane wyłączenie z ceną za usługę serwisowania (np. kary umowne liczone od wartości usług serwisowej a nie od wartości kontraktu na roboty budowlane), co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że przy niskiej cenie za tę usługę wykonawca otrzymuje „bonus” w postaci dodatkowych punktów w ramach kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, a jednocześnie ponosi niewielkie konsekwencje, jeśli tej usługi w ogóle nie wykona.

Instal Kraków S.A. za Etap II oferty, tj. świadczenie usług serwisowych dostarczonych urządzeń przez okres 36 miesięcy, zaoferował cenę 250 000,00 zł netto (po wyjaśnieniach 250 400,00 zł netto). Pozostali oferenci zaproponowali:

- Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe WAMACO Sp. z o.o. - 680 410,00 zł netto;
- Konsorcjum : Europejski Koncern Energetyczny Sp. z o.o. i Varia Tech K. R. - 19 830,00 zł netto;

Zestawienie tych danych powoduje, zdaniem Odwołującego, że w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający winien podejrzewać, iż ma do czynienia z rażąco niską ceną. I takie podejrzenie stało się przyczyną skierowania do Instal Kraków S.A. przez Zamawiającego pisma z dnia 25 lutego 2015 r., w którym Zamawiający wskazał, że *„Zamawiający eksploatuje od kilkudziesięciu lat większość urządzeń wymienionych w Państwa ofercie (przenośniki ślimakowe; pompy i maceraty, urządzenia pomiarowe) uważa, że cena wyszczególnionych w ofercie czynności serwisowych jest znacząco niższa od cen rynkowych”*. Zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do dostarczenia dowodów potwierdzających poszczególne elementy kalkulacji.

Instal Kraków S.A., jak podaje Odwołujący, w odpowiedzi z dnia 4 marca 2015 r., nie wskazał żadnych kalkulacji ani dowodów potwierdzających, że kalkulacje odpowiadają cenom rynkowym. Poza zapewnieniami o swojej renomie i doświadczeniu Wykonawca ten nie podał żadnych konkretnych dowodów, które pozwoliłyby obalić przekonanie Zamawiającego, że *„cena wyszczególnionych w ofercie czynności serwisowych jest znacząco niższa od cen rynkowych”*.

Zdaniem Odwołującego, cena ta jest nie tylko rażąco niska, ale jest wręcz czynem

nieuczciwej konkurencji, gdyż jest poniżej kosztów wykonania takiej usługi. Wynika to z faktu, iż przedmiotem usługi serwisowej są m.in. urządzenia produkowane przez GEA Westfalia Separator Group GmbH. Wyłącznym autoryzowanym przedstawicielem w Polsce firmy GEA Westfalia Separator Group GmbH w zakresie serwisu wirówek jest GEA WESTFALIA Separator Polska Sp. z o.o., czyli nie ma możliwości, aby autoryzowany serwis gwarancyjny był świadczony przez inny niż wymieniony podmiot.

Urządzenia tego producenta zostały zaoferowane również przez PPH WAMACO Sp. z o.o. Z oferty firmy GEA WESTFALIA Separator Polska Sp. z o.o. dla przedmiotowego przetargu wynika, że cena usługi serwisowania dla wirówek wynosi 96 000,00 EURO netto. Przyjmując minimalną stawkę 1 euro = 4 zł, koszt serwisowania zgłoszonego podwykonawcy wynosi 384 000,00 zł netto, czyli znacznie więcej niż kwota zaproponowana przez Instal Kraków S.A., a to nie są wszystkie koszty tej usługi, gdyż oprócz wirówek produkowanych przez GEA WESTFALIA Separator, 3-letnim serwisowaniem muszą być objęte jeszcze inne urządzenia przewidziane w inwestycji, a wymienione przez Zamawiającego takie jak: przenośniki, pompy, maceratory, itd.

Odwołujący przedstawił, jak kształtuje się rynkowy koszt świadczenia usług serwisowych dostarczanych urządzeń. Na tej podstawie Odwołujący stwierdził, że realna wartość usług serwisowych dla urządzeń zaoferowanych przez Instal Kraków S.A. wynosi 816 963,00 zł netto. Jest to kwotowa wyższa nawet od oferty na świadczenie usług serwisowania firmy WAMACO Sp. z o.o. (która wynosiła 680 410,00 zł netto). Jest to spowodowane tym, iż firma Instal Kraków S.A. w przedmiotowym postępowaniu złożyła ofertę zgodną z dokumentacją techniczną (w punkcie 4.11 druku oferty istnieje zapis „*nie składamy w niniejszym postępowaniu ofertę równoważną*”). Firma WAMACO złożyła ofertę równoważną (w zakresie przenośników ślimakowych) i dzięki temu znacznie obniżyła koszty serwisowania. Odwołujący zwrócił uwagę, że licząc koszty serwisowania przenośników ślimakowych ujęto jedynie koszty części zamiennych na 3 lata użytkowania, gdyż wymianę części serwisowych wykonawca, który posiada autoryzację producenta może kalkulować indywidualnie, a koszty oryginalnych części zamiennych są stałe dla wszystkich wykonawców.

Przyjęta cena oferty Instal Kraków S.A. budzi podejrzenie, zdaniem Odwołującego, iż Wykonawca po wykonaniu I Etapu robót, obejmującego wykonanie robót budowlanych, odstąpi od umowy na wykonanie II Etapu, płacąc jedynie 10% kary umownej od zaniżonej wartości robót, tj. od kwoty 250.000,00 zł, która to zaniżona kwota daje mu bonus przy stosowaniu kryteriów oceny oferty. Jednocześnie na zapłatę owej kary wykonawca z nadwyżką zarobi wykonując I Etap robót, na który cenę miał najwyższą spośród wszystkich złożonych ofert. Jest to czyn nieuczciwej konkurencji. Ponadto przyczyna, dla której przewidziana jest procedura określona w art. 90 ustawy Pzp, tj. ryzyko niewywiązania się z

umowy, zdaniem Odwołującego, jest realna, zważywszy na to, że rynkowy koszt wykonania takiej usługi jest ponad 3-krotnie większy niż to wskazuje Wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Wartość zamówienia wynosi 12 580 110,36 zł, tj. 2 977 611,39 euro, a więc nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, która dla robót budowlanych wynosi 5 186 000,00 euro.

Zgodnie z pkt 12.2.2 SIWZ „Gwarancja powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i winna zawierać następujące elementy: (...)

e) zobowiązanie gwaranta do: „zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż:

(i) Wykonawca, którego ofertę wybrano odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; lub

(ii) Wykonawca, którego ofertę wybrano nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; lub

(iii) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;

(iv) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 PZP, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”

W pkt 12.5 SIWZ Zamawiający wskazał okoliczności skutkujące zatrzymaniem wadium:

„12.5.1 Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy PZP, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

12.2.5 Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli:

- a) Wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

- b) Wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- c) Zawarcie umowy w sprawie niniejszego zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy."

Odwołujący przedłożył wraz z ofertą gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 280000099409 z dnia 9 lutego 2015 r. Z treści przedmiotowej gwarancji wynika, że Gwarant podejmuje się „bezw warunkowo i nieodwołanie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z n/w warunków zatrzymania wadium:

1. Wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
2. Wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
3. zawarcie umowy w sprawie niniejszego zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.
4. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie."

Pismem z dnia 13 marca 2015 r. poinformował Odwołującego, że „został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy „nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.” Ww. Wykonawca załączył do oferty wadium – gwarancję ubezpieczeniową Nr 280000099409 z dnia 09.02.2015 r., w której treści znalazło się odwołanie do nieaktualnego brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przepisami ustawy oraz orzecznictwem KIO (m.in. wyrok z dnia 27 listopada 2014 r., Sygn. akt: KIO 2369/14) ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje *expressis verbis*, jakie dokładnie postanowienia powinny się znaleźć w treści gwarancji bankowej, ubezpieczeniowej czy poręczenia, jednak w sposób oczywisty wynika to z całokształtu okoliczności faktycznych i prawnych związanych z postępowaniem o udzielenie

zamówienia publicznego i celu gwarancji. Gwarancja musi więc obejmować te same okoliczności, w których Zamawiający może zatrzymać wadium wpłacone w formie pieniężnej, czyli opisane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oczywiście, mogą być one przywołane w różny sposób, np. przez samo odwołanie się do art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych albo ogólnie „okoliczności wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych”. (...) Jednak gwarancja wciąż musi obejmować okoliczności opisane w obu tych przepisach (art. 46 ust. 4a i ust. 5), w przeciwnym wypadku jest niekompletna, a więc nieprawidłowa. Należy przy tym pamiętać, że składana Zamawiającemu gwarancja musi się odwoływać do brzmienia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które jest obowiązujące w postępowaniu prowadzonym przez tego Zamawiającego. Złożenie dokumentu nie spełniającego wymogów niezbędnych do realizacji uprawnienia Zamawiającego opisanego w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych kwalifikowane jest jako nie złożenie wadium. Sytuacji tej nie można naprawić w drodze uzupełnienia dokumentu zawierającego błędy w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy. Tym samym, skutkiem złożenia wadliwego wadium jest uznanie, że zaistniała okoliczność skutkująca wykluczeniem Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, iż Odwołujący posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania. Przepis art. 179 ustawy Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma on lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Badanie spełnienia przesłanek wyrażonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp następuje w ramach danego postępowania odwoławczego, które podlega rozpoznaniu, wykazanie zaś tych przesłanek, uzasadniających legitymację czynną spoczywa na podmiocie, który ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w ustawie, chce w konkretnym postępowaniu skorzystać.

Mając na względzie stanowisko prezentowane zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze przedmiotu, w ocenie Izby przyjąć należy, że Odwołujący jest podmiotem, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym aktualnym stanie prawnym należy bowiem przyjmować, że jakkolwiek hipotetyczny interes wykazywany przez podmiot, także nie będący wykonawcą czy uczestnikiem konkursu, stanowi legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wystarczającym jest wykazywanie, że podmiot ten ma wolę uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu.

Podkreślić trzeba jednak, że sama przesłanka interesu nie jest wystarczająca. Redakcja przepisu art. 179 ustawy Pzp wskazuje bowiem wyraźnie, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania – łącznie z interesem, że wykonawca (czy też inny podmiot) poniósł czy też może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo, niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy tą szkodą a naruszeniem przepisów ustawy.

W rezultacie więc, konieczne jest w każdym przypadku wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał (czy też zaniechał dokonania) czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Wnoszący środek ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym musi więc dowieść obiektywnej potrzeby rozstrzygnięcia, wynikającej z faktu naruszenia lub zagrożenia bezprawnymi zachowaniami zamawiającego – jego szansy (choćby potencjalnej) na uzyskanie zamówienia, bowiem tylko tak można rozumieć normalne następstwa uchybień zamawiającego. Zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt V CSK 18/08, następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Mając na względzie powyższe, niewątpliwie trzeba przyjąć, że w niniejszym postępowaniu Odwołujący upatrując swojego uszczerbku przez pozbawienie go możliwości realizacji zamówienia wobec wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Instal Kraków S.A., którego oferta winna być odrzucona, wykazał możliwość poniesienia szkody, skoro złożył ofertę w ramach tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i choć został wykluczony domaga się weryfikacji oceny w tym przedmiocie w toku postępowania odwoławczego.

Nadto, nie można pomijać, że za szerokim rozumieniem legitymacji do wniesienia odwołania przemawiają regulacje prawa unijnego w tym przedmiocie. Art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG stanowi, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. Dyrektywa 92/13/EWG reguluje procedury odwoławcze przewidziane dla zamówień sektorowych, objętych zakresem dyrektywy 2004/17/WE. W związku z podziałem unijnego systemu zamówień publicznych na zamówienia klasyczne, objęte regulacjami dyrektywy 2004/18/WE, i zamówienia sektorowe, objęte przepisami

dyrektywy 2004/17/WE - ustawodawca unijny przewidział również dwa systemy dostępnych środków odwoławczych, określonych w dyrektywie 89/665/EWG dla zamówień klasycznych i w komentowanej dyrektywie 92/13/EWG dla zamówień sektorowych.

Przepis art. 1 dyrektywy 92/13/EWG brzmi bardzo podobnie jak przepis art. 1 dyrektywy 89/665/EWG, dlatego też będą miały tutaj w pełni zastosowanie komentarze dotyczące art. 1 dyrektywy 89/665/EWG i powołane tam orzecznictwo.

W doktrynie zaś podkreśla się, że dyrektywa 89/665/EWG dotyczy przede wszystkim niezadowolonych przedsiębiorców, którzy uczestniczyli w przetargu prowadzonym z naruszeniem norm prawnych i nie wygrali kontraktu, lub którzy nie zostali dopuszczeni do uczestnictwa w przetargu w wyniku niezgodnego z prawem działania zamawiającego, polegającego przykładowo na braku publikacji ogłoszenia lub nieprawidłowym wykluczeniu. Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 określa minimalny krąg osób uprawnionych do wnoszenia środków odwoławczych, natomiast poszczególne państwa członkowskie mogą przyznać takie prawo również innym podmiotom, jeśli uznają, że wymaga tego przykładowo ochrona ich interesów. Ustawodawcy krajowi nie mogą jednak zawężyć kręgu podmiotów uprawnionych, określonych przez dyrektywę 89/665/EWG. W przypadku takiego działania podmioty, które mają lub miały interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia i których prawa doznały uszczerbku lub zostały narażone na taki uszczerbek poprzez naruszenie reguł rządzących prawem zamówień publicznych, będą mogły, bezpośrednio w oparciu o art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, złożyć przewidziane w prawie krajowym środki odwoławcze. Przesłanką uzasadniającą takie działanie jest jednak uszczerbek w możliwości uzyskania konkretnego zamówienia, a nie jakiegokolwiek uszczerbek w interesie prawnym danego podmiotu. Wykonawca powinien wykazać, że jego interes doznał uszczerbku lub na taki uszczerbek został narażony w toku określonego postępowania przetargowego, w którym uczestniczył, lub z uwagi na naruszenie prawa nie mógł uczestniczyć, a uszczerbek wiąże się z utratą możliwości uzyskania zamówienia. Dyrektywa 89/665/EWG nie ogranicza interesu wykonawcy jedynie do interesu prawnego, co oznacza, że nie musi mieć on podstawy w konkretnej normie prawnej.

Przepisy dyrektywy 89/665/EWG nie przesądzają również, by chodziło tutaj tylko o interes w uzyskaniu zamówienia dla siebie - co zawęziłoby krąg uprawnionych jedynie do przedsiębiorców formalnie biorących udział w przetargu i mających szansę na zawarcie umowy z zamawiającym. Nie ma również wzmianki o tym, by interes musiał mieć charakter prawny. Podobnie przy określaniu drugiej przesłanki "doznania uszczerbku lub zagrożenia doznaniem uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów" przepisy dyrektywy sugerują szeroką wykładnię, obejmującą podmioty, które wykażą, że doznały jakiegokolwiek uszczerbku lub na taki zostały narażone. Za taką interpretacją przemawia również konieczność uwzględnienia zasady efektywności postępowania odwoławczego (A.

Sołtysińska: *Komentarz do art. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane*).

Na tym tle wydaje się uzasadnione przyjęcie, że choć Odwołujący kwestionuje wykluczenie go z postępowania (w treści odwołania wskazano co prawda, że odwołanie zostaje wniesione wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ale podniesione zarzuty i podjęta przez Zamawiającego czynność wyraźnie wskazują, że chodzi o wykluczenie), a jednocześnie wskazuje na okoliczności, które skutkują odrzuceniem oferty najkorzystniejszej, to w tych warunkach nawet biorąc pod uwagę ograniczenia wynikające z przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie sposób stwierdzić, że potencjalnej możliwości uzyskania zamówienia Odwołujący nie wykazał. Tym bardziej, że ocena istnienia po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania nie wymaga rozstrzygnięcia o zarzutach. Wręcz przeciwnie, istota i cel instytucji opisanej w przepisie art. 179 ustawy Pzp przesądza o tym, że etap wyrokowania (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp) jest etapem następczym do rozstrzygnięcia w przedmiocie legitymacji czynnej do wniesienia odwołania.

W tym miejscu warte odnotowania jest, że jak wskazywał Zamawiający, w orzecznictwie jest prezentowany również odmienny pogląd, który hołduje węższej interpretacji legitymacji do wniesienia odwołania. W analogicznych okolicznościach Izba odmówiła wykonawcy legitymacji do wniesienia odwołania (wyrok z dnia 18 sierpnia 2014 r., sygn. akt: 1609/14).

Jednocześnie brak uzasadnienia prawnego do rozstrzygnięcia o zarzutach w celu dokonania oceny na gruncie przepisu art. 179 ustawy Pzp legł u podstaw oddalenia wniosków dowodowych powołanych przez Odwołującego na okoliczności, które zmierzały do wykazania nieprawidłowej oceny oferty Instal Kraków S.A. Nadto, sprzeciwia się temu regulacja przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Wypowiedzenie się przez Izbę co do zarzutów sformułowanych wobec oferty Instal Kraków S.A. na potrzeby rozstrzygnięcia o legitymacji do wniesienia odwołania wprost prowadziło do obejścia przepisów zawartych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Dostrzeżenia również wymaga, że jakkolwiek wydaje się biorąc pod uwagę wskazaną przez Odwołującego podstawę prawną wniesienia odwołania i żądania odwołania, iż kwestionowanie poprawności wyboru oferty najkorzystniejszej miało na celu wykazanie legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, to jednak nie uszło uwadze Izby, że zarzuty sformułowane są w taki sposób (wyczerpujące uzasadnienie podstawy faktycznej i prawnej), że Odwołujący mógł oczekiwać ich rozstrzygnięcia. Niemniej jednak z uwagi na powołany

przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie jest to możliwe. Skoro wybór oferty najkorzystniejszej z mocy wskazanego przepisu nie może być przedmiotem odwołania, jeśli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp (a właśnie z tzw. zamówieniem podprogowym mamy do czynienia w niniejszej sprawie), to podniesienie zarzutu w tym przedmiocie skutkuje pozostawieniem go bez rozpoznania wobec braku możliwości odrzucenia odwołania w części.

W ocenie Izby, brak możliwości wzruszenia w toku postępowania odwoławczego wyboru oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, w której oferta Odwołującego nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu kryteriów oceny ofert i tym samym, nawet uwzględnienie odwołania nie może prowadzić do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej przesądza o tym, iż w świetle przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie nie może być uwzględnione.

Niezależnie od powyższego Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania i z tej przyczyny, że nie doszukała się naruszenia przepisów prawa przy podejmowaniu przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Z mocy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Powyższy przepis stał się podstawą podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a brak wniesienia wadium, zważywszy na uzasadnienie faktyczne podjętej decyzji, Zamawiający wiązał z niezabezpieczeniem roszczeń Zamawiającego związanych z zatrzymaniem wadium.

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, że w orzecznictwie za ukształtowany należy uznać pogląd, iż każde wniesienie wadium do zamawiającego przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3 ustawy Pzp), w wymaganej wysokości (art. 45 ust. 4 ustawy Pzp), w formach w ustawie określonych (art. 45 ust. 6 ustawy Pzp), pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. *A contrario* tylko wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymaganiami, w szczególności wadium nie odnoszące się do wszystkich okoliczności jego przepadku, zakwalifikowane zostanie jako brak wniesienia (prawidłowego) wadium i tym samym stanowić będzie przesłankę wykluczenia wykonawcy (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp).

Inaczej, prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które *de facto* i *de iure* zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w SIWZ, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne.

W orzecznictwie prezentowany jest również pogląd, że zamawiający tworząc SIWZ, w celu umożliwienia skutecznego wniesienia wadium w postępowaniu, zobowiązany jest jedynie do określenia jego wysokości oraz podania numeru rachunku bankowego, na który wykonawcy będą mogli wносить wadium w formie pieniężnej. Zamawiający nie musi powielać i powtarzać postanowień ustawy dotyczących form wnoszonego wadium, czy okoliczności jego zwrotu i przepadku. Tym bardziej zamawiający w SIWZ nie może tworzyć własnych regulacji i stawiać wymagań niezgodnych z postanowieniami ustawy w tym zakresie. Natomiast wykonawcy powinni zadbać, aby wnoszone przez nich wadia były zgodne z ustawą, czyli np. w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji, z treści tych dokumentów musi wynikać zobowiązanie gwaranta do zaspokojenia zamawiającego we wszystkich przypadkach przewidzianych ustawą. Uzasadnieniem dla wskazanego działania wykonawcy jest przepis art. 455 § 2 k.c. W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 8 marca 2006 r., I ACa 1018/05, LEX nr 186161, stwierdził, że: *"Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności"*.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa, jak powinna brzmieć treść gwarancji wadialnej składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oczywistym jest, że dokument gwarancji nie musi zawierać dosłownego odwzorowania zapisów ustawy. Dopuszczalne jest na przykład ogólne odesłanie w treści gwarancji do przepisów prawa zamówień publicznych. Natomiast w sytuacji, gdy w treści gwarancji wskazuje się na konkretne przypadki zatrzymania wadium, uznać należy, że są to, w braku odmiennych, przypadki stanowiące enumeratywne tj. pełne wyliczenie. Natomiast postanowienia SIWZ w tym przedmiocie nie mają charakteru normatywnego.

Nie można również tracić z pola widzenia, że wadium stanowi zabezpieczenie interesów zamawiającego na czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W orzecznictwie wskazuje się, iż wadium zabezpiecza zamawiającego przed niesolidnym, nieuczciwym wykonawcą oraz przed ewentualną zmovą wykonawców. Jego wniesienie przez wykonawców umożliwia im udział w postępowaniu oraz zabezpiecza złożoną ofertę. Wadium służy zabezpieczeniu roszczeń zamawiającego, w sytuacji

wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. W orzecznictwie wskazuje się, że jeśli nie pozwala na zaspokojenie przedmiotowych roszczeń, to należy traktować je tak, jakby nie zostało wniesione.

Przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zobligowany do wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne. W powyższej sytuacji zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium. Jeśli wartość zamówienia jest mniejsza od progów unijnych, zamawiający może żądać wniesienia wadium. Zamawiający, w przypadku zamówień poniżej progów unijnych, może – wedle swojego uznania – żądać wniesienia wadium od wykonawców, albo odstąpić od jego żądania. Wniesienie wadium będzie zatem w tych sytuacjach stanowić warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jego wniesienia przez wykonawców będzie skutkować wykluczeniem z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższa regulacja ukazuje funkcję zabezpieczającą wadium, która jest realizowana już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Jednak funkcja zabezpieczająca wadium jest również widoczna na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty. Jeśli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od podpisania umowy, to wówczas zamawiający może zatrzymać wadium.

W związku z tym, że prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji wadium, należy w tym zakresie odwołać się do art. 70⁴ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny - dalej k.c., który definiuje wadium jako określoną sumę pieniędzy, którą przystępujący do aukcji lub przetargu obowiązany jest wpłacić organizatorowi, bądź odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty. W ocenie Izby, na tym tle nie ulega wątpliwości, że wadium wniesione w formie gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 ustawy Pzp, musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie tych gwarancji i poręczeń nie może być utrudnione (zob. wyroki KIO: z dnia 17 czerwca 2008 r., KIO/UZP 537/08; z dnia 23 stycznia 2009 r., KIO/UZP 62/09). Stanowisko to jest tym bardziej uzasadnione, w świetle przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wyrażającego zasadę równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji. Nie do zaakceptowania jest bowiem sytuacja, w której wadium wniesione w pieniądzu zabezpieczałby zamawiającego w szerszym zakresie niż wadium wniesione w innej formie, a to z tej przyczyny, że okoliczności skutkujące zatrzymaniem wadium zostały w sposób węższy określone w treści gwarancji czy poręczenia, zaś w przypadku pieniądza znajdują bezpośrednio zastosowanie przepisy ustawy Pzp.

W ocenie Izby, przywołany dorobek orzecznictwa nie może być ignorowany w niniejszej sprawie i nie zmienia tego okoliczność, że Zamawiający w treści SIWZ określił, jakie elementy ma zawierać gwarancja. Pogląd Odwołującego nie może uzyskać akceptacji z kilku powodów. Po pierwsze, w świetle przepisów art. 45 i 46 ustawy Pzp zamawiający nie ma obowiązku wskazywania treści gwarancji lub poręczeń w przypadku wnoszenia wadium w tej formie. Po drugie, jakkolwiek powołane przepisy nie określają wprost treści gwarancji, to posługując się wnioskowaniem *a contrario* z przepisu art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp należy dojść do przekonania, że minimalną treść gwarancji wyznaczają właśnie te przepisy. Po trzecie, przesłanki skutkujące zatrzymaniem wadium są jednakowe dla każdego zamówienia, elementem różnicującym nie jest wartość zamówienia ani też okoliczność, czy żądanie wadium ma charakter obligatoryjny czy też obowiązkowy. Po czwarte, zamawiający zobowiązany jest do zatrzymania wadium w przypadkach określonych w przepisach prawa (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp), które to przepisy mają charakter bezwzględnie obowiązujący, tym samym zamawiający nie jest uprawniony do formułowania postanowień SIWZ, które pozostają w opozycji do tych przepisów. Po piąte, płynność wadium jest niezależna od formy jego wnoszenia co oznacza, że oferta zabezpieczona wadium wniesionym w pieniądzu, jak i w innej formie powinna zapewniać taki sam zakres ochrony zamawiającemu. Po szóste, przepis art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 455 § 2 k.c. wobec braku powinności ze strony zamawiającego wyznaczania treści gwarancji leży u podstaw prawidłowego określenia przez wykonawcę treści gwarancji. Po siódme wreszcie, w okolicznościach niniejszej sprawy nie budzi, że przesądzającego znaczenia, z powodów, o których była mowa wyżej, nie można przypisywać semantycznemu brzmieniu oświadczenia woli Zamawiającego w tym przedmiocie. Po ósme zaś, nie sposób pominąć pewnej sprzeczności pomiędzy postanowieniami pkt 12.2.2 lit. e i 12.5 SIWZ, gdzie treść gwarancji ustalona jest w węższym zakresie niż wynikałoby to ze wskazanych przez Zamawiającego przypadków skutkujących zatrzymaniem wadium. Oznacza to, że zakres zobowiązania gwaranta nie odpowiada zakresowi ochrony wymaganej przez Zamawiającego. Oczywistym jest, że przyjęcie powyższego nie jest uzasadnione z logicznego punktu widzenia, a zatem konieczne jest sięgnięcie do reguł interpretacyjnych oświadczeń woli, zawartych w art. 65 k.c.

Wracając do wykładni oświadczenia woli należy stwierdzić, że proces wykładni prowadzony jest w celu ustalenia znaczenia złożonego oświadczenia, a w rezultacie poznanie skutków prawnych, jakie wywołuje.

Sens oświadczeń woli ujawnionych w postaci pisemnej, ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu (uchwała SN z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2005 r., II CK 431/04). Zawarte w art. 65 k.c. zasady tłumaczenia oświadczeń woli wymagają uwzględnienia całego złożonego oświadczenia woli, a nie tylko wybranego dowolnie fragmentu (wyrok SN z dnia 26 sierpnia

1994 r., I CKN 100/94). Podstawową rolę w procesie wykładni takich oświadczeń woli odgrywają językowe reguły znaczeniowe. Tekst dokumentu interpretowany według tych reguł stanowi podstawę do przypisania mu sensu zgodnego z zasadami składniowymi i znaczeniowymi języka, w którym został sporządzony (wyrok SN z dnia 22 marca 2006 r., III CSK 30/06). Wykładni poszczególnych wyrażen zawartych w dokumencie dokonuje się także z uwzględnieniem kontekstu, w jakim on występuje. Należy zwrócić również uwagę na związki treściowe występujące pomiędzy różnymi postanowieniami zawartymi w tłumaczonym tekście – tak, aby miały spójną i rozsądną treść. Jeśli strony posługują się słowem, którego znaczenie jest określone w ustawie, wówczas w braku odmiennych wskazówek wynikających z oświadczenia woli lub okoliczności, należy przyjąć, że miały one na względzie to właśnie znaczenie. W procesie wykładni oświadczeń woli wyrażonych na piśmie, należy ponadto uwzględniać paralingwistyczne środki wyrazu (np. układ przestrzenny poszczególnych słów, zwrotów, zdań czy większych fragmentów, stosowanie różnych czcionek). Nie tylko bowiem wyartykułowane na piśmie sformułowania, lecz także systematyka i struktura dokumentu, stanowią istotne elementy wyjaśniające wolę stron (wyrok SN z dnia 28 lutego 2006 r., III CSK 149/05). Należy dodać, że stosowanie tych wszystkich zasad wykładni oświadczenia woli wyrażonego na piśmie nie może zmierzać do ustalenia treści wcale nimi nie objętych, bądź sprzecznych z ich literalnym brzmieniem (wyrok SN z dnia 29 października 2004 r., III CK 468/03). Tekst dokumentu nie stanowi oczywiście wyłącznej podstawy wykładni wyrażonego w nim oświadczenia woli. Ważnym kryterium oceny oświadczenia woli w procesie jego wykładni są okoliczności, w których zostało złożone (tzw. kontekst sytuacyjny). Okoliczności te mają doniosłość dla zrekonstruowania treści myślowych wyrażonych w oświadczeniu woli i pozwalają ustalić właściwy tego oświadczenia, niekiedy odmienny od dosłownego jego brzmienia. Zgodnie z art. 65 § 1 k.c., przy wykładni oświadczeń woli powinny być brane pod uwagę również zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje.

Trafna jest jednak uwaga Z. Radwańskiego, że ze względu na niezindywidualizowanego odbiorcę należy brać pod uwagę wyłącznie „adresata typowego”. Jeśli zaś krąg adresatów jest wyznaczony przez pewną grupę, w szczególności zawodową, należy jednak uwzględnić „wyspecjalizowane możliwości poznawcze” tej właśnie grupy. W konsekwencji powołany autor podkreśla, że *„anonimowy charakter adresatów tych oświadczeń wpływa na to, że jedyną metodą wykładni jest metoda normatywna i stygizowana zarazem”* (Z. Radwański, *Zagadnienia ogólne...*, s. 34; M. Piekarski (w:) F. Błahuta [i in.], *Kodeks cywilny...*, t. 1, s. 185).

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Odwołujący nie był uprawniony przy konstruowaniu treści gwarancji do

odwołania się jedynie do postanowień pkt. 12.2.2 lit. e SIWZ nie tylko z powodów, o których była mowa wyżej, ale również z uwagi na fakt, że Zamawiający zastrzegł, iż gwarancja powinna być sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem. Powyższe wymagało sięgnięcia przez Odwołującego do regulacji w tym przedmiocie. Nadto, skoro Odwołujący dostrzegł, na co wskazał w treści odwołania, że Zamawiający określając jednocześnie treść gwarancji i zakres ochrony Zamawiającego nie skorelował tych treści, to nie sposób uznać, że zabieg ten był uzasadniony w świetle prawa, jak i z punktu widzenia racjonalności Zamawiającego. Określenie treści gwarancji, a więc w konsekwencji zobowiązania gwaranta w węższym zakresie niż wyartykułowany przez Zamawiającego zakres ochrony winien budzić wątpliwości po stronie Odwołującego, skoro Zamawiający nie będzie miał, w świetle powołanych postanowień SIWZ, możliwości zaspokojenia wszystkich swoich roszczeń ze względu na zakres zobowiązania gwaranta. Trudno oczekiwać, że Zamawiający godził się na taką oto sytuację, że zakres ochrony określił jedynie hipotetycznie, bowiem zakres zobowiązania gwarantującego tę ochronę nie zapewnia jej w pełnym zakresie, oczekiwanym i wyartykułowanym przez Zamawiającego. Nadto, profesjonalnemu uczestnikowi rynku zamówień publicznych znany jest z pewnością, a przynajmniej powinien być, sposób i zakres zabezpieczenia oferty wadium, wynikający z przepisów prawa, stanowisko orzecznictwa i doktryny w tym zakresie, a także oczekiwania zamawiających. Powyższe wskazuje, że sięgnięcie do metod wykładni oświadczeń woli było niezbędne dla zrekonstruowania treści oświadczenia woli w przedmiocie treści gwarancji, a efekty zastosowania powołanej wykładni prowadzą do wniosków odmiennych od prezentowanych przez Odwołującego.

Bez znaczenia pozostaje okoliczność, że aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej złożony w dniu 11 marca 2015 r. wraz z oświadczeniem o przedłużeniu terminu związania ofertą zabezpiecza interesy Zamawiającego na dzień podejmowania decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. W świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprawność wniesienia wadium na dzień składania ofert oznacza, że wadium winno być wniesione przed upływem terminu składania ofert i musi ono zabezpieczać interesy zamawiającego przez cały okres związania ofertą, a nie tylko na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej. Przeciwnie wnioski nie dałyby się pogodzić również z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) prowadziłyby bowiem do relatywnej oceny sprostania obowiązkowi przez wykonawców w tym przedmiocie i usankcjonowania sytuacji, w której analogicznie traktowani byłiby wykonawcy, którzy wnieśli wadium przed upływem terminu składania ofert i w sposób prawidłowy zabezpieczyli ofertę, jak i ci, którzy tego obowiązku nie udźwignęli na tym etapie postępowania, ale później jemu zadośćuczynili.

Reasumując stwierdzić należy, że w przedmiotowej sprawie zaktualizowały się przesłanki do wykluczenia Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy

Pzp. Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium złożona przez Odwołującego nie zapewniała Zamawiającemu niezbędnej ochrony wynikającej z przepisów prawa i określonej przez Zamawiającego a ustalonej na podstawie reguł wykładni oświadczeń woli. Jednocześnie metoda wykładni określana jako *in dubio contra proferentem*, w ocenie Izby, nie znajduje zastosowania jako służąca usuwaniu wątpliwości na niekorzyść autora, ale wzorca umownego. Dotyczy więc stosunków zobowiązaniowych, które na gruncie niniejszej sprawy nie wydaje się, aby mogły znaleźć zastosowanie, tym bardziej, że dla rekonstrukcji oświadczenia woli Zamawiającego rozstrzygające znaczenie mają przepisy prawa.

Sygn. akt: KIO 534/15

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, podnosząc zarzuty naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1, wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownego badania i oceny ofert oraz poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a po uzyskaniu zgody na poprawienie omyłki, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, jak również zasądzenie kosztów postępowania Odwoławczego, a z ostrożności procesowej Odwołujący wniósł o przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego odnośnie treści oferty Odwołującego, gdyby Zamawiający w toku ponownej oceny ofert powziął w tym przedmiocie wątpliwości.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że stosownie do sekcji 4 ust. 4.1 IDW [Opis przedmiotu zamówienia] Etap II przedmiotu zamówienia ma obejmować świadczenie usług serwisowych dostarczonych w ramach zamówienia urządzeń przez okres 36 miesięcy. Wśród świadczeń wykonawcy w ramach tego etapu wymieniono:

- a) wykonanie wymaganej ilości przeglądów serwisowych urządzeń zainstalowanych w Oczyszczalni Ścieków „Hajdów” w Lublinie objętych Kontraktem nr K4 „Przebudowa stacji mechanicznego odwadniania osadu przefermentowanego w Oczyszczalni Ścieków Hajdów w Lublinie”, zgodnie z kompletną dokumentacją techniczno-ruchową oraz harmonogramem przeglądów serwisowych tych urządzeń,
- b) utrzymanie poprawnej pracy urządzeń,
- c) sprawdzanie poprawności pracy urządzeń,
- d) wymianę elementów wirówek, materiałów eksploatacyjnych, które w trakcie eksploatacji powinny zostać wymienione zgodnie z dokumentacją techniczno-ruchową urządzeń,

- e) fachowe doradztwo i pomoc w formie konsultacji telefonicznej lub mailowej,
- f) pomoc uprawnionego serwisanta, w tym dojazd serwisanta na miejsce zainstalowanych urządzeń - Oczyszczalnia Ścieków „Hajdów”, ul. Łagiewnicka 5, Lublin,
- g) dodatkowe wizyty i prace serwisowe niezbędne dla zapewnienia ciągłości pracy urządzeń w okresie pomiędzy przeglądami,
- h) zapewnienie wszystkich potrzebnych materiałów eksploatacyjnych (zgodnie z harmonogramem przeglądów serwisowych) oraz osób niezbędnych do wykonania usługi serwisowej z uwzględnieniem wszelkich niezbędnych kosztów pracy serwisantów, w tym m.in. kosztów przejazdów, noclegów i diet,
- i) zapewnienie tłumacza dla potrzeb i na okres realizacji czynności serwisowych w przypadku, gdy podmiot lub osoby wykonujące usługi serwisowe nie będą posługiwać się językiem polskim w stopniu niezbędnym do zapewnienia komunikacji z Zamawiającym,
- j) monitorowanie i wyznaczanie terminów przeglądów serwisowych oraz informowanie Zamawiającego o planowanym przeglądzie,
- k) prowadzenie szczegółowej dokumentacji przeglądów technicznych.

Określając cenę za realizację tego etapu wykonawca obowiązany był uwzględnić: koszty wymiany elementów, które w trakcie eksploatacji powinny zostać wymienione zgodnie z dokumentacją techniczno-ruchową, koszty materiałów eksploatacyjnych, koszty dodatkowych wizyt i prac serwisowych koniecznych do zapewnienia ciągłości pracy urządzeń.

Stosownie do sekcji 25 IDW ustęp 25.1 zd. 2 podana cena oferty (wynagrodzenie) za wykonanie usług stanowiących Etap II będzie wynagrodzeniem ryczałtowym w rozumieniu kodeksu cywilnego. Stosownie do ustępu 25.2 cena ofertowa musi obejmować wykonanie kompletnego przedmiotu zamówienia i uwzględniać wszelkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej i zgodnej z wymaganiami Zamawiającego realizacji przedmiotu zamówienia. Stosownie do ust. 25.3 Ceną (w zakresie Etapu II) oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty wyliczona na podstawie wypełnionego harmonogramu przeglądów serwisowych.

W powyższym kontekście, zdaniem Odwołującego, należy dokonać również analizy postanowień Załącznika nr 1 do IDW [Formularz oferty]. Stosownie do ust. 4 tego formularza oferty Odwołujący, podpisując ww. formularz oświadczył, iż przeanalizował i w pełni zaakceptował treść dokumentów tworzących SIWZ, a ponadto zobowiązał się i oświadczył że gwarantuje, bez zastrzeżeń czy ograniczeń, wykonać całość zamówienia zgodnie z

umową stanowiącą część SIWZ i odstąpił od jakichkolwiek własnych warunków tejże umowy.

Łączna cena oferty za realizację całości zamówienia, stanowi sumę kwot zaofertowanych za Etap I i II, tj. za realizację robót budowlanych oraz usług serwisowych (suma wartości kolumny 5 tabeli cen), przy czym stosownie do zastrzeżenia zawartego w tabeli cen określenie wynagrodzenia świadczenia usług serwisowych winno być wynikiem wypełnionego Harmonogramu przeglądów serwisowych określonego w ust. 7 Formularza oferty. W ust. 7 formularza oferty znajduje się „Harmonogram i zestawienie cen usług serwisowych urządzeń”, zawierający 9 wyodrębnionych pozycji. W żadnej pozycji IDW, jak podał Odwołujący, nie zawarto instrukcji wypełnienia ust. 7 formularza oferty.

Dalej Odwołujący podał, że w ramach odpowiedzi na pytanie z dnia 22 stycznia 2015 r. o podanie planowanej liczby godzin pracy w ciągu roku dla wszystkich urządzeń objętych usługą serwisowania Etapu II, Zamawiający wyjaśnił, że czas pracy stacji mechanicznego odwadniania osadu przefermentowanego wynosi 8 760 godzin w ciągu roku. Ponadto Zamawiający uściślił, że część urządzeń pracować będzie przez 6 570 godzin w roku, a inne będą pracować w sposób ciągły czyli 8 760 godzin w ciągu roku.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zakres świadczenia wynikający z umowy serwisowej został szczegółowo określony w § 1 ust. 5 wzoru umowy (TOM II/4 SIWZ). Zakres tego świadczenia obejmuje prócz wymaganej ilości przeglądów serwisowych urządzeń (zgodnie z ich kompletną dokumentacją techniczno-ruchową), eksploatowanych w Oczyszczalni ścieków „Hajdów” w Lublinie oraz z zgodnie z Harmonogramem przeglądów serwisowych określonym w Załączniku nr 1 do umowy.

Odwołujący wskazał na § 2 ust. 4 wzoru umowy, który stanowi, iż w przypadku, gdy liczba faktycznych przeglądów serwisowych wykonanych w okresie trwania umowy będzie mniejsza od planowanej w Harmonogramie przeglądów serwisowych, stanowiącym Załącznik nr 1 do umowy, Zamawiający zastrzegł sobie prawo do zapłaty wynagrodzenia wyłącznie za faktycznie wykonane przeglądy serwisowe. Zmniejszenie ilości przeglądów skutkuje odpowiednim obniżeniem kwoty brutto ogółem, określonej w § 2 ust. 1 wzoru umowy. Wykonawca nie będzie wnosił roszczeń o zapłatę za przeglądy, które nie zostały przeprowadzone w związku ze zmniejszeniem zakładanej liczby godzin pracy urządzeń. Ponadto stosownie do § 2 ust. 3 wzoru umowy ceny określone w Załączniku nr 1 do umowy są stałe i obowiązują przez cały okres trwania umowy.

Stosownie do § 14 ust. 1 pkt 1.7 wzoru umowy Zamawiający przewidział możliwość wprowadzenia zmian w umowie, w przypadku zmiany Harmonogramu przeglądów serwisowych w sytuacji, gdy wykonanie usługi zgodnie z Harmonogramem grozi niewykonaniem lub niewłaściwym wykonaniem przedmiotu umowy, w tym m.in.: w sytuacji zmiany materiałów eksploatacyjnych, w sytuacji zmiany częstotliwości wymaganych przeglądów spowodowanej m.in. zmianą technologii. Ww. okoliczności mogą spowodować

zmiany cen za wykonanie poszczególnych przeglądów określonych w Harmonogramie, jednak bez możliwości przekroczenia wynagrodzenia umownego.

Powyżej wskazane okoliczności dotyczące stanu faktycznego, zdaniem Odwoływającego, determinują kilka założeń:

- 1) Zamawiający przyjął, iż wynagrodzenie za realizację Etapu II ma charakter ryczałtowy, stosownie do przepisów kodeksu cywilnego.
- 2) Z żadnego zapisu SIWZ, a w tym wzoru umowy nie wynika, iż Załącznik nr 1 do umowy („Harmonogram przeglądów serwisowych urządzeń w trakcie trwania Umowy”), ma mieć tożsamą treść z harmonogramem wskazanym w ust. 7 Formularza oferty („Harmonogram przeglądów serwisowych przedmiotu zamówienia objętego Etapem II”).
- 3) Zamawiający dopuścił zmiany w Harmonogramie przeglądów serwisowych urządzeń w trakcie trwania umowy, przy czym elementem limitującym te zmiany jest właśnie wynagrodzenie ryczałtowe określone w ofercie, które następnie winno być powielone w umowie.

Wskazane powyżej okoliczności dotyczące sposobu zapisu treści ust. 7 Formularza oferty („Harmonogram przeglądów serwisowych przedmiotu zamówienia objętego Etapem II”) przez Odwoływającego w obiektywnej analizie przypadku, przez wzgląd na aktualne orzecznictwo i doktrynę, wskazują, zdaniem Odwoływającego, iż ww. sytuacja podlega dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwoływający dostrzega, iż poprawienie omyłki w trybie przywołanego przepisu, nie może prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalność dokonania poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podlega, zgodnie z poglądem ukształtowanym w orzecznictwie i doktrynie, ocenie każdorazowo na tle konkretnego stanu faktycznego, z uwzględnieniem postanowień SIWZ, a kwalifikator „istotności zmian” powinien być odnoszony do całości treści oferty, a nie jej fragmentu.

Odwoływający wskazał, iż przedstawiciele doktryny dopuszczają sytuację, w której w ramach poprawiania oferty może dojść do zmiany ceny oferty, sposobu wykonania zamówienia czy też terminu wykonania zamówienia bądź warunków płatności, ponieważ przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zakazuje bowiem zmieniania istotnych elementów oferty, tylko zakazuje wprowadzania istotnych zmian w ofercie. Praktycznie tylko przedmiot oferty w swej zasadniczej części nie może ulec zmianom. Nie dotyczy to natomiast poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Z kolei według opinii Urzędu Zamówień Publicznych, jak podaje Odwoływający, sama okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego czy to, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uzasadniającej odstąpienie przez zamawiającego od dokonania poprawy. W stanowisku tym Urząd powołuje się na *ratio legis* art. 87 ust. 2 pkt 3

ustawy Pzp, wskazując, że jest nim wyłączenie możliwość odrzucenia ofert z powodu błahych uchybień w jej treści.

Wskazany pogląd ma swoje odzwierciedlenie także w orzecznictwie (np. wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r., KIO 522/11). Podkreśla się, iż ustawodawca dał możliwość korekty uznając, że celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie). Skoro ustawodawca dał w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp możliwość zmiany oferty w jej merytorycznym aspekcie, to tym bardziej uzasadnione jest powołanie się na ten przepis w przypadku usunięcia pewnych wewnętrznych sprzeczności tkwiących w ofercie. Należy także zwrócić uwagę, iż pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, a *„omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie”* (wyrok KIO z 30 maja 2011 r., sygn. akt KIO 1066/11).

W kontekście zaistniałej w ofercie Odwołującego omyłki, Odwołujący zwrócił uwagę na przyjęty przez Zamawiającego dla realizacji Etapu II charakter wynagrodzenia ryczałtowego, „zmiennosc” Harmonogramu wynikającą z postanowień umowy na usługi serwisowe przy limitującej te zmiany maksymalnej kwocie wynagrodzenia ryczałtowego (§ 14 ust. 1 pkt 1.7 wzoru umowy serwisowej), czy też możliwość odstąpienia od realizacji części usługi serwisowej przy odpowiednim zmniejszeniu wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia (§ 2 ust. 4 wzoru umowy serwisowej).

Odwołujący podniósł, iż z istoty ceny ryczałtowej wynika, że metoda jej ustalenia nie ma charakteru wiążącego. Potwierdza to m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r., sygn. akt :I ACa 1147/00, zgodnie z którym: *„Jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego”*. Jednak w takim przypadku, nie może jednak budzić wątpliwości, która wielkość podana przez wykonawcę będzie uznana za wiążącą, jeśli wystąpią rozbieżności pomiędzy poszczególnymi zapisami ceny.

Powyżej wskazywane okoliczności potwierdzają, zdaniem Odwołującego, iż Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skutkującego odrzuceniem oferty Odwołującego z postępowania, gdyż nie zachodziły przesłanki uzasadniające jego zastosowanie i podjęcie przez Zamawiającego kwestionowanej czynności, ponieważ oferta Odwołującego nie zawierała niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poza omyłką, która powinna zostać

poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przywołany art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinien zostać zastosowany, gdyż oferta Odwołującego w zakresie treści Harmonogramu zawierała tzw. inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, którą Zamawiający mógł i miał obowiązek samodzielnie poprawić.

W przypadku, gdyby Zamawiający miał wątpliwości odnośnie treści oferty, powinien był on, w celu zapewnienia prawidłowego toku postępowania poprzez zachowanie zasad uczciwej konkurencji, podjąć czynności umożliwiające Odwołującemu złożenie wyjaśnień odnośnie treści oferty. We wskazanym przypadku, mimo ponad miesięcznego okresu między terminem składania ofert, tj. 10 lutego 2015 r. a dniem wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. 13 marca 2015 r. Zamawiający nie podjął w tym kierunku żadnych czynności mimo, iż oferta Odwołującego była konkurencyjna względem innych złożonych - pod względem wskazanych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

Brak poprawy omyłki w ofercie Odwołującego, do której to poprawy Zamawiający jest zobligowany dyspozycją stosownego przepisu ustawy Pzp, doprowadziło, zdaniem Odwołującego, do naruszenia przez Zamawiającego w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, a także do naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Odwołującego. Całokształt okoliczności dotyczący działań i zaniechań Zamawiającego wskazuje, iż doszło finalnie także do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zgodnie z tą regułą Zamawiający był zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Trudno jednak uznać, że ta zasada została przez Zamawiającego nienaruszona w sytuacji, gdy Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, która to czynność nie powinna mieć miejsca. Takie zachowanie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, miało niewątpliwie wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pkt. 4.1 IDW Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia będzie realizowany w dwóch etapach. W ramach Etapu I wykonywane będą roboty budowlane wraz z dostawą urządzeń, zaś Etap II obejmuje:

- a) *„wykonanie wymaganej ilości przeglądów serwisowych urządzeń zainstalowanych w Oczyszczalni Ścieków „Hajdów” w Lublinie objętych Kontraktem nr K4 „Przebudowa*

stacji mechanicznego odwadniania osadu przefermentowanego w Oczyszczalni Ścieków Hajdów w Lublinie”, zgodnie z kompletną dokumentacją techniczno-ruchową oraz harmonogramem przeglądów serwisowych tych urządzeń,

- b) utrzymanie poprawnej pracy urządzeń,*
- c) sprawdzanie poprawności pracy urządzeń,*
- d) wymianę elementów wirówek, materiałów eksploatacyjnych, które w trakcie eksploatacji powinny zostać wymienione zgodnie z dokumentacją techniczno-ruchową urządzeń,*
- e) fachowe doradztwo i pomoc w formie konsultacji telefonicznej lub mailowej,*
- f) pomoc uprawnionego serwisanta, w tym dojazd serwisanta na miejsce zainstalowanych urządzeń - Oczyszczalnia Ścieków „Hajdów”, ul. Łagiewnicka 5, Lublin,*
- g) dodatkowe wizyty i prace serwisowe niezbędne dla zapewnienia ciągłości pracy urządzeń w okresie pomiędzy przeglądami,*
- h) zapewnienie wszystkich potrzebnych materiałów eksploatacyjnych (zgodnie z harmonogramem przeglądów serwisowych) oraz osób niezbędnych do wykonania usługi serwisowej z uwzględnieniem wszelkich niezbędnych kosztów pracy serwisantów, w tym m.in. kosztów przejazdów, noclegów i diet,*
- i) zapewnienie tłumacza dla potrzeb i na okres realizacji czynności serwisowych w przypadku, gdy podmiot lub osoby wykonujące usługi serwisowe nie będą posługiwać się językiem polskim w stopniu niezbędnym do zapewnienia komunikacji z Zamawiającym,*
- j) monitorowanie i wyznaczanie terminów przeglądów serwisowych oraz informowanie Zamawiającego o planowanym przeglądzie,*
- k) prowadzenie szczegółowej dokumentacji przeglądów technicznych.”*

W cenie ofertowej na realizację Etapu II wykonawca winien uwzględnić:

- „koszty wymiany elementów, które w trakcie eksploatacji powinny zostać wymienione zgodnie z dokumentacją techniczno-ruchową,*
- koszty materiałów eksploatacyjnych,*
- koszty dodatkowych wizyt i prac serwisowych koniecznych do zapewnienia pracy ciągłości urządzeń” (pkt 4.1 IDW).*

Wolą Zamawiającego wykonawca został zobowiązany do sporządzenia „harmonogramu przeglądów serwisowych wszystkich oferowanych urządzeń (zgodnie z pkt 6. Formularza oferty – Załącznik nr 1 do IDW), który musi obejmować cały zakres rzeczowy czynności serwisowych niezbędnych do wykonania, w celu zapewnienia ciągłości pracy

serwisowanych urządzeń w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia objętego Etapem II, z uwzględnieniem czasookresu ich wykonania” (pkt 4.1 ppkt III IDW).

Wzór formularza oferty w pkt 7 wskazywał na obowiązek sporządzenia Harmonogramu i zestawienia cen usług serwisowanych urządzeń. W odniesieniu do wskazanych i wyodrębnionych przez Zamawiającego urządzeń wykonawca winien wskazać w szczególności ilość przeglądów, ilość godzin pracy, po których następuje przegląd i czynności serwisowe, które zostaną wykonane. Ilość przeglądów wskazana przez Zamawiającego została określona jako 1, 2 (...) i n.

Pismem z dnia 22 stycznia 2014 r. jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem dotyczącym Harmonogramu i zestawienia cen usług serwisowanych urządzeń, zawartego we wzorze oferty, domagając się podania przez Zamawiającego planowanych godzin pracy w ciągu roku dla wszystkich urządzeń objętych usługą serwisową ze względu na fakt, że „w kolumnie 2. Zamawiający wymaga wpisania ilości godzin pracy, po których wykonywane będą przeglądy i czynności serwisowe” oraz mając na uwadze prawidłową kalkulację ceny usługi.

Pismem z dnia 4 lutego 2015 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień: „czas pracy stacji mechanicznego odwadniania osadu przefermentowanego wynosi 8 760 godzin w ciągu roku. Zgodnie z pkt 11.1.1 SIWZ Tom V. Dokumentacja projektowa cz. Technologia zakładana jest stała praca dwoma wirówkami, trzecia uruchamiana będzie przy maksymalnym dopływie osadu przefermentowanego. Czwarta wirówka stanowić będzie czynną rezerwę. W związku z tym każde z nw. urządzeń, tj.:

- wirówka dekantacyjna do odwadniania osadów,
- przenośnik ślimakowy nr 1.2 (2 szt.),
- przenośnik ślimakowy nr 1.2 (2 szt.),
- przenośnik ślimakowy nr 2.1,
- przenośnik ślimakowy nr 2.2,
- przenośnik ślimakowy nr 3,
- przenośnik ślimakowy nr 4,
- pompa podająca osad na wirówkę,
- macerator,
- stacja wtórnego rozcieńczania polielektrolitu,
- mimośrodowa pompa ślimakowa polielektrolitu,
- pompa osadu odwodnionego

pracować będzie przez 6 570 godzin w roku.

W odniesieniu do pozostałych urządzeń, tj.:

- przenośnik taśmowy,*
- kompletna przepływowa stacja przygotowana i dozowania polielektrolitu*

należy przyjąć, że będą pracowały one w sposób ciągły, czyli 8 760 godzin w roku.

W przypadku urządzeń pomiarowych (przepływomierze i waga) liczba godzin pracy w ciągu roku równa będzie ilości godzin pracy wirówki, do której urządzenie pomiarowe jest przypisane. W przypadku urządzeń pomiarowych wspólnych dla całego układu czas pracy wynosić będzie 8 760 godzin/rok.”

Odwołujący sporządził rzeczony Harmonogram w ten sposób, że w odniesieniu do wszystkich urządzeń podał, iż wykona 2 przeglądy po upływie 4000 godzin pracy, po czym przegląd n również po upływie wskazanych godzin. Odwołujący wycenił trzy przeglądy serwisowe każdego z urządzeń.

Zamawiający zastrzegł, że „*podana przez Wykonawcę cena oferty (wynagrodzenie) za wykonanie usług stanowiących Etap II będzie wynagrodzeniem ryczałtowym w rozumieniu kodeksu cywilnego*” (pkt 25 ppkt 25.1 IDW).

Zgodnie z § ust. 5 wzoru umowy na usługi serwisowe „*w ramach realizacji przedmiotu umowy, Wykonawca zobowiązany będzie w szczególności do: 5.1. Wykonania wymaganej ilości przeglądów serwisowych urządzeń (zgodnie z ich kompletną dokumentacją techniczno-ruchową), eksploatowanych w Oczyszczalni Ścieków „Hajdów” w Lublinie oraz zgodnie z harmonogramem przeglądów serwisowych ww. urządzeń stanowiącym Załącznik nr 1 do niniejszej umowy.*”

„*W przypadku, gdy liczba faktycznych przeglądów serwisowych wykonanych w okresie trwania umowy będzie mniejsza od planowanej w harmonogramie przeglądów serwisowych stanowiącym Załącznik nr 1 do umowy, Zamawiający zastrzega sobie prawo do zapłaty wynagrodzenia wyłącznie za faktycznie wykonane przeglądy serwisowe. Zmniejszenie ilości przeglądów skutkuje odpowiednim obniżeniem kwoty brutto ogółem, określonej w ust. 1, Wykonawca nie będzie wnosił roszczeń o zapłatę za przeglądy, które nie zostały przeprowadzone w związku ze zmniejszeniem zakładanej ilości godzin pracy urządzeń*” (§ 2 ust. 4 wzoru umowy).

Zamawiający przewidział możliwość wprowadzenia zmian w umowie m.in. w przypadku „*zmiany harmonogramu przeglądów serwisowych w sytuacji, gdy wykonanie usługi zgodnie z harmonogramem grozi niewykonaniem lub niewłaściwym wykonaniem przedmiotu umowy, w tym m.in.: w sytuacji zmiany materiałów eksploatacyjnych, w sytuacji*

zmiany częstotliwości wymaganych przeglądów, spowodowanej m.in. zmianą technologii. Ww. okoliczności mogą spowodować zmiany cen za wykonanie poszczególnych przeglądów określonych w harmonogramie, jednak bez możliwości przekroczenia wynagrodzenia umownego” (§ 14 ust. 1 pkt 1.7 wzoru umowy na usługi serwisowe).

Pismem z dnia 13 marca 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty „na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli „jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”. Ww. Wykonawca nie uwzględnił w treści „Harmonogramu przeglądów serwisowych przedmiotu zamówienia objętego Etapem II” co najmniej 1 przeglądu serwisowego dla większości urządzeń (m.in. wirówek, przenośników ślimakowych, pomp podających osad na wirówki, maceratorów, pomp dozujących polielektrolit, stacji wtórnego rozcieńczania, pomp osadu odwodnionego) i co najmniej 3 przeglądów serwisowych dla pozostałych urządzeń (m.in. przenośnika taśmowego, wagi taśmowej, części urządzeń pomiarowych) przy założonym przez Wykonawcę wskazaniu, że czynności serwisowe będą wykonywane co 4000 godzin. W ofercie wskazano, że serwis dla wszystkich urządzeń będzie wykonywany trzykrotnie co 4 000 godzin, co zapewnia – zgodnie z ofertą – pracę urządzeń przez 12 000 godzin w okresie 36 miesięcy. Zgodnie z treścią wyjaśnień Zamawiającego do SIWZ z dnia 04.02.2015 r., część urządzeń (wirówki, przenośniki ślimakowe, pompy podające osad na wirówki, maceratory, pompy dozujące polielektrolit, stacja wtórnego rozcieńczania, pompy osadu odwodnionego) będzie pracowała w okresie 36 miesięcy przez 19 710 godzin, a to oznacza, że przez pozostały czas 7 710 godzin pracy, urządzenia nie będą serwisowane. Pozostałe urządzenia (przenośnik taśmowy, waga taśmowa, część urządzeń pomiarowych) będą pracowały w okresie 36 miesięcy – 26 280 godzin, a to oznacza, że przez pozostały czas 14 280 godzin pracy, urządzenia nie będą serwisowane. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający wymagał w pkt. 4.1III IDW, aby Wykonawca sporządził harmonogram przeglądów serwisowych wszystkich oferowanych urządzeń, który musiał obejmować cały zakres rzeczowy czynności serwisowych niezbędnych do wykonania, w celu zapewnienia ciągłości pracy serwisowanych urządzeń w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia objętego Etapem II. Zamawiający uznał, że oferta złożona przez ww. Wykonawcę nie gwarantuje zapewnienia ciągłości pracy serwisowanych urządzeń w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia objętego Etapem II, a tym samym nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i w konsekwencji podlega odrzuceniu.”

Izba oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego uznając, że zaofiarowany dowód nie służy ustaleniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zaktualizowały się przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego w trybie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W świetle powołanego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie natomiast do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją, oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Zamiar ten ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „*W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i*

szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89. ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty z SIWZ – uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to jest dotyczących niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty z SIWZ jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.

Jednocześnie poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na postawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Podkreśla się również, iż Izba podziela ten pogląd, że akceptacja przez wykonawcę postanowień SIWZ nie określa zakresu świadczenia, ten bowiem zostaje określony w ofercie.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Odwołujący uzyskał wszystkie informacje niezbędne do prawidłowego sporządzenia Harmonogramu przeglądów serwisowych, tzn. znał liczbę godzin pracy serwisowanych urządzeń w ciągu roku i wiedział, iż przeglądy należy wykonać zgodnie z kompletną dokumentacją techniczno-ruchową oferowanych urządzeń. W tej sytuacji rację należy przyznać Zamawiającemu, że Odwołujący w sporządzonym Harmonogramie nie uwzględnił co najmniej 1 przeglądu serwisowego dla większości urządzeń (m.in. wirówek, przenośników ślimakowych, pomp podających osad na wirówki, maceratorów, pomp dozujących polielektrolit, stacji wtórnego rozcieńczania, pomp osadu odwodnionego) i co najmniej 3 przeglądów serwisowych dla pozostałych urządzeń (m.in. przenośnika taśmowego, wagi taśmowej, części urządzeń pomiarowych), przy założeniu, że serwis będzie wykonywany trzykrotnie co 4 000 godzin i przy uwzględnieniu czasu pracy urządzeń w roku, określonego przez Zamawiającego. Oznacza to, że Odwołujący zapewnił serwis urządzeń przez 12 000 godzin pracy w okresie 36 miesięcy, podczas gdy, zgodnie z informacją Zamawiającego część urządzeń będzie pracowała w okresie 36 miesięcy przez 19 710 godzin urządzeń (wirówki, przenośniki ślimakowe, pompy podające osad na wirówki, maceratory, pompy dozujące polielektrolit, stacja wtórnego rozcieńczania, pompy osadu odwodnionego), a pozostała część przez 26 280 godzin przez 36 miesięcy. W tej sytuacji, w której Wykonawca zobowiązany był do zapewnienia ciągłości pracy serwisowanych urządzeń poprzez co najmniej wykonywanie czynności serwisowych w okresie realizacji zamówienia nie budzi wątpliwości, że Odwołujący nie zapewnił dla ww. urządzeń odpowiednio serwisowania przez 7 710 godzin pracy i 14 280 godzin pracy.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że Odwołujący nie podważył ustaleń Zamawiającego dotyczących ilości godzin pracy w ciągu roku wszystkich urządzeń objętych obsługą serwisowania oraz nie negował faktu, że przeglądy muszą być dokonywane zgodnie z dokumentacją techniczno-ruchową, nie udowodnił też, iż zgodnie z powołaną dokumentacją urządzenia, które oferuje nie podlegają przeglądom serwisowym częściej niż to wynika z Harmonogramu. Wskazał jedynie na fakt wystąpienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jakkolwiek powołany przepis nie stoi na przeszkodzie co do zasady poprawianiu istotnych elementów oferty, to jednocześnie zakres tej poprawy decyduje o możliwości dokonania tej czynności, okolicznością limitującą jest bowiem niedoprowadzenie do istotnej zmiany w treści oferty. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy zakres proponowanych przez Odwołującego zmian jest na tyle istotny, że wyłącza możliwość skorzystania z dobrodziejstwa przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W istocie bowiem poprawienie Harmonogramu pociągałoby konieczność sporządzenia nowego i określenie zakresu zobowiązania Odwołującego w sposób zgoła odmienny od tego, który został wyartykułowany w treści oferty. Tymczasem z treści oferty nie wynika wola zaoferowania świadczenia, którego określenia w wyniku poprawienia domaga się Odwołujący. Odwołujący wskazał, ile przeglądów chce wykonywać, w jakich odstępach czasu, jednakże uczynił to w sposób wadliwy, nie biorąc pod uwagę wytycznych i informacji Zamawiającego. Jednakże powzięcie wiedzy o nieadekwatności świadczenia względem potrzeb Zamawiającego, na skutek informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, nie może być podstawą do korygowania oferty, jeśli sposób sporządzenia Harmonogramu na omyłkę nie wskazuje, a nadto instytucja poprawienia omyłki nie służy wytworzeniu treści oświadczenia woli wykonawcy w sposób odpowiadający SIWZ. Zaakceptowanie takiego rozumowania prowadziłoby bowiem do przyjęcia, że każda oferta może być poprawiona po jej otwarciu tak, aby zadośćuczynić wymaganiom Zamawiającego.

Stąd też za nieuprawniony należy uznać pogląd, że akceptacja postanowień SIWZ w treści oferty winna prowadzić, w przypadku wystąpienia sprzeczności pomiędzy podanymi dokumentami, do poprawienia oferty zgodnie z treścią SIWZ. To oznaczałoby bowiem, że nieistotna jest pierwotna treść oświadczenia woli wykonawcy, a rozstrzygające znaczenie należy przypisać treści SIWZ. Jednakże taka interpretacja spornego przepisu jest nie do zaakceptowania, podważałaby bowiem istotę oferty i nie dawałby się pogodzić z przepisem art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie można również pomijać, że wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) nie służą wytworzeniu nowej treści oferty. Zaś w niniejszej sprawie, Odwołujący udzielając wyjaśnień musiałby wskazać, że numer przeglądu oznacza jeden rok realizacji usług serwisowych, która to okoliczność stanowi całkowite *novum* w świetle złożonej oferty, a co więcej, w ocenie Izby, jej podniesienie w toku rozprawy stanowi jedynie element taktyki procesowej Odwołującego.

Nadto, dostrzeżenia wymaga, że stanowisko Odwołującego jest sprzeczne. W treści odwołania wskazuje na omyłkę w zakresie określenia ilości przeglądów, zaś w toku rozprawy w istocie twierdzi, że Harmonogram uwzględnia wymaganą ilość przeglądów, ale opis zawarty w Harmonogramie tego nie uwzględnia. Powyższe wskazuje, że sam Odwołujący relatywnie traktuje treść swego oświadczenia woli zawartego w ofercie mając na względzie

jedynie doprowadzenie do poprawienia własnej oferty. Jednakże takie działanie nie podlega ochronie, tylko bowiem ustalenie, że została popełniona omyłka i zakresu zmiany treści oferty w wyniku jej popełnienia daje podstawę do podjęcia czynności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Natomiast wskazywanie przez Odwołującego na wykluczające się okoliczności utwierdza Izbę w przekonaniu, że zakres świadczenia Odwołującego został określony w sposób całkowicie odmienny od wyartykułowanych intencji Zamawiającego.

Nie znajduje akceptacji Izby pogląd Odwołującego, że o zakresie świadczenia można wnioskować na podstawie ustalonej przez Zamawiającego formy wynagrodzenia. Z pewnością oświadczenia woli zawartego w ofercie, a więc zakresu zobowiązania, nie można ustalać w oparciu o instytucję wynagrodzenia ryczałtowego. Decydujące znaczenie ma bowiem semantyczne brzmienie oświadczenia i wola strony, a nie instytucja prawa.

Nie ma doniosłości prawnej i ta argumentacja Odwołującego, że Zamawiający przewidział możliwości zmiany Harmonogramu. Po pierwsze Odwołujący pomija, że dotyczy to etapu realizacji zamówienia. Po drugie, instytucja zmiany treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest instytucją odmienną od tej przewidzianej w art. 144 ustawy Pzp, a przesłanki zastosowania każdej z nich zostały określone przez ustawodawcę odmiennie.

Nietrafny jest również pogląd Odwołującego, że treść Załącznika nr 1 do wzoru umowy na usługi serwisowe nie musi odpowiadać treści spornego Harmonogramu. Porównanie obu dokumentów nie budzi wątpliwości, że Harmonogram zawarty w ofercie winien być odwzorowany w treści Załącznika nr 1 do umowy. Jakkolwiek zwrócić należy uwagę, że okoliczność ta nie ma rozstrzygającego charakteru w świetle przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Resumując stwierdzić należy, iż określenie ilości przeglądów serwisowych w sposób niezapewniający ciągłości pracy serwisowanych urządzeń stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ, która nie może być usunięta w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dokonanie poprawy w tym przedmiocie prowadziłoby bowiem do określenia na nowo zakresu zobowiązania w przedmiocie świadczenia usług serwisowych, a to z kolei doprowadziłoby do istotnej zmiany w treści oferty.

Brak podstaw do uwzględnienia zarzutów naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3, a także art. 87 ust. 1 ustawy Pzp czyni wymaga uznania pozostałych zarzutów za chybione.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od każdego z odwołań w wysokości 10.000,00 zł.

Przewodniczący: