Sygn. akt:KIO 353/19
KIO 357/19

WYROK
z dnia 18 marca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie:Bartosz Stankiewicz
Monika Szymanowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2019 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2019 roku przez:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Autosan Sp. z o.o. (lider), WB Electronics S.A., Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Urządzeń Mechanicznych „OBRUM Sp. z o.o., Instytut Elektrotechniki z siedzibą dla lidera: ul. Lipińskiego 109, 38-500 Sanok** KIO 353/19),

B.wykonawcę **Politechnika Śląska, ul. Akademicka 2a, 44-100 Gliwice** (KIO 357/19),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowe Centrum Badań i Rozwoju,ul. Nowogrodzka 47a, 00-695 Warszawa** oraz:

Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz, Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej, ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o., ul. Niepodległości 30, 42-200 Częstochowa, Gmina Miasto Gdynia, al. Marszałka Piłsudskiego 52/54, 81-382 Gdynia, Gmina Miasto Jaworzno, ul. Grunwaldzka 33, 43-600 Jaworzno, Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., ul. Krakowska 9,43-600 Jaworzno, Gmina Miejska Kraków, pl. Wszystkich Świętych 3-4,31-004 Kraków, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A., ul. Św. Wawrzyńca 13, adres korespondencyjny: ul. Jana Brożka 3, 30-347 Kraków, Miasto Krosno, ul. Lwowska 28A, 38-400 Krosno, Miejska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o.ul. Fredry 1A, 38-400 Krosno, Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia, ul. Barbary 21a,40-053 Katowice, Gmina Lublin, pl. Króla Wł. Łokietka 1, 20-109 Lublin, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Lublin Sp. z o.o., ul. Antoniny Grygowej 56, 20-260 Lublin, Miasto Łomża, ul. Stary Rynek 14,18-400 Łomża, Gmina Miejska Mielecul. Żeromskiego 26,39-300 Mielec, Miejska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o.,ul. Moniuszki 12, 39-300 Mielec, Miasto Nowy Sącz, Rynek 1, 33-300 Nowy Sącz, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o., ul. Wyspiańskiego 22, 33-300 Nowy Sącz, Gmina-Miasto Płock, pl. Stary Rynek 1, 09-400 Płock, Komunikacja Miejska Płock Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 17,09-400 Płock, Gmina Miasto Rzeszów, Rynek 1,35-064 Rzeszów, Miasto Siedlce, Skwer Niepodległości 2, 08-110 Siedlce, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Siedlcach Sp. z o.o., ul. Starzyńskiego 20, 08-102, Siedlce, Gmina Miasto Sieradz, pl. Wojewódzki 1, 98-200 Sieradz, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji w Sieradzu Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 63,98-200 Sieradz Miasto Sosnowiec, al. Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec, Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o., ul. Lenartowicza 73,41-219 Sosnowiec, Gmina Starachowice,ul. Radomska 40, 27-200 Starachowice, Miejski Zakład Komunikacyjny Sp. z o.o., ul. Radomska 53; 27-200 Starachowice, Gmina Miasto Szczecin, pl. Armii Krajowej 1,70-456 Szczecin, Szczecińskie Przedsiębiorstwo Autobusowe „Klonowica" Sp. z o.o.,ul. S. Klonowica 3c, 71-241 Szczecin, Gmina Miejska Tczew, pl. Marszałka J. Piłsudskiego 1, 83-110 Tczew Gmina Miasto Tomaszów Maz., ul. P.O.W. 10/16, 97-200 Tomaszów Maz. Miejski Zakład Komunikacyjny w Tomaszowie MazowieckimSp. z o.o., ul. Warszawska 109/111, 97- 200 Tomaszów Mazowiecki, Gmina Miasto Toruń, ul. Wały Gen. Sikorskiego 8, 87-100 Toruń, Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 24/26, 87-100 Toruń, TLT Sp. z o.o., ul. Towarowa 3, 43-100 Tychy, Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o., ul. Włościańska 52, 01-710 Warszawa Gmina Miasto Wejherowo, pl. Jakuba Wejhera 8, 84-200 Wejherowo, Miejski Zakład Komunikacji Wejherowo Sp. z o.o., ul. Tartaczna 2,84-200 Wejherowo Gmina Wrocław, pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o., ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław, Gmina Zakliczyn, ul. Rynek 32, 32-840 Zakliczyn, Urząd Miejski w Zakliczynie, ul. Rynek 32, 32-840 Zakliczyn, Miasto Żyrardów, pl. Jana Pawła II1, 96-300 Żyrardów

przy udziale:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Ursus Bus S.A. (lider), Ursus S.A., Zakład Elektroniki Przemysłowej „Enika" Sp. z o.o., Innovative Trade and Product Strategies Sp. z o.o., ITM Poland S.A. z siedzibą dla lidera: ul. Frezerów 7a, 20-209 Lublin**zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wykonawcy **Politechnika Śląska, ul. Akademicka 2a, 44-100 Gliwice**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (KIO 353/19),

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Ursus Bus S.A. (lider), Ursus S.A., Zakład Elektroniki Przemysłowej „Enika" Sp. z o.o., Innovative Trade and Product Strategies Sp. z o.o., ITM Poland S.A. z siedzibą dla lidera: ul. Frezerów 7a, 20-209 Lublin**zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala oba odwołania,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Ursus Bus S.A (lider)., Ursus S.A., Zakład Elektroniki Przemysłowej „Enika" Sp. z o.o., Innovative Trade and Product Strategies Sp. z o.o., ITM Poland S.A. z siedzibą dla lidera: ul. Frezerów 7a, 20-209 Lublin** i wykonawcę **Politechnika Śląska, ul. Akademicka 2a, 44-100 Gliwice** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), w tym:

2.1.1.kwotę **15 000 zł 00 gr** (słowie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Ursus Bus S.A.(lider), Ursus S.A., Zakład Elektroniki Przemysłowej „Enika" Sp. z o.o., Innovative Trade and Product Strategies Sp. z**

o.o., ITM Poland S.A z siedzibą dla lidera: ul. Frezerów 7a, 20-209 Lublin tytułem wpisu od odwołania,

2.1.2. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słowie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Politechnika Śląska, ul. Akademicka 2a, 44-100 Gliwice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 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 Warszawie.

Przewodniczący:……..……..……..……..……..……..……...

Członkowie: ……..……..……..……..……..……..……...

……..……..……..……..……..……..……...

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

sygn. akt KIO 353/19

W odniesieniu do postępowania, prowadzonego w trybie partnerstwa innowacyjnego na *„Opracowanie i dostawę typoszeregu innowacyjnych Pojazdów bezemisyjnego transportu publicznego*" przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, ul. Nowogrodzka 47a, 00-695 Warszawa (postępowanie zamawiających występujących wspólnie) [dalej „zamawiający"] wykonawcy występujący wspólnie: Autosan Sp. z o.o. (**lider),** WB Electronics S.A.,Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Urządzeń Mechanicznych „Obrum" Sp. z o.o, **Instytut Elektrotechniki** (dalej „odwołujący") wnieśli **odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:**

1. poprawieniu w treści oferty odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej, podczas gdy w ofercie odwołującego nie miała miejsca taka pomyłka,
2. odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") na skutek uznania, że w jego ofercie miała miejsce oczywista omyłka rachunkowa,
3. zaniechaniu poprawienia w treści oferty odwołującego omyłki w stosunku do treści SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty pomimo, że na wcześniejszym etapie postępowania zamawiający pismem z 12.12.2018 r. dokonał poprawienia takiej pomyłki,
4. zaniechaniu odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie przystępującego jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy te informacje nie stanowiły tajemnicy, należycie uzasadnionej w terminie składania ofert,

alternatywnie w przypadku, gdy zarzuty 1-3 nie zostaną uwzględnione

5. zaniechaniu unieważnienia postępowania jako obarczonego nieusuwalną wadą, uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy o partnerstwo innowacyjne oraz ze względu na okoliczności, które powodują, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze. zm.) **[dalej „ustawa Pzp"]:**

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2) i pkt 3), poprzez odrzucenie oferty odwołującego z postępowania jako niezgodnej z SIWZ, podczas gdy nie podlegała ona odrzuceniu jako zgodna z treścią SIWZ,
2. art. 87 ust. 2 pkt 2) w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2), poprzez uznanie, że w ofercie odwołującego doszło do omyłki rachunkowej i poprawienie tej omyłki, podczas gdy w ofercie odwołującego taka omyłka nie miała miejsca, w wyniku którego to poprawienia zamawiający uznał, że oferta odwołującego jest niezgodna z SIWZ i powinna zostać odrzucona,
3. art. 87 ust. 2 pkt 3), poprzez zaniechanie poprawienia w treści oferty odwołującego omyłki w stosunku do treści SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, podczas gdy zachodziła podstawa prawna do dokonania takiej poprawy,
4. w konsekwencji – art. 91 ust. 1 art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niedokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej,
5. art. 8 ust. 1-3 i art. 96 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk"), poprzez zaniechanie odtajnienia oferty przystępującego, podczas gdy nie stanowiły one tajemnicy przedsiębiorstwa należycie uzasadnionej w terminie składania ofert,
6. art. 93 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 146 ust. 6, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, podczas gdy obarczone jest nieusuwalną wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o partnerstwo innowacyjne,
7. art. 93 ust 1 pkt 6), poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, podczas gdy ujawniły się nieprzewidywalne okoliczności powodujące, że dalsze jego prowadzenie nie leży w interesie publicznym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania z 18.02.2019 r.,
2. unieważnienia czynności uznania, że w ofercie odwołującego doszło do oczywistej omyłki rachunkowej z 18.02.2019 r.,
3. poprawienia w treści oferty odwołującego omyłki w stosunku do treści SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty,
4. odtajnienia oferty przystępującego (konsorcjum Ursus) w zakresie informacji, które zostały w niej zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa,
5. unieważnienia czynności z 18.02.2019 r. dotyczącej wyboru ofert najkorzystniejszych i nakazanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

ewentualnie

6. unieważnienie postępowania.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, w wyniku czego odwołujący mógłby zawrzeć umowę o zamówienie publiczne w ramach partnerstwa innowacyjnego – w przypadku przywrócenia

odwołującego do postępowania, jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący podał, że zamówienie zostało podzielone na fazy: Faza badawczo-rozwojowa (dalej „Faza B+R") oraz faza wdrożeniowa (dalej „Faza Wdrożeniowa"), Faza B+R zostanie podzielona na 3 etapy.

Wskazał, że w każdym Etapie partnerzy mieli za zadanie przeprowadzić prace, dla których określono rezultaty (zwane Wynikami): dla Etapu I wynikiem miało być opracowanie Dokumentacji Technicznej Pojazdu 12 m oraz Planów Infrastruktury Ładowania, dla Etapu II – Prototyp Pojazdu 12 m oraz zaktualizowana Dokumentacja Techniczna Pojazdu, a dla Etapu III – Seria Testowa Pojazdu, Dokumentacja Techniczna Pojazdu 10 m oraz 18 m, zaktualizowana Dokumentacja Techniczna pojazdu 12 m.

Uzupełnił, że do Etapu I miało byćdopuszczonych maksymalnie 30 partnerów – z taką maksymalną liczbą wykonawców zamawiający zamierzał zawrzeć umowę.

Wskazał także, że wyniki prac Etapu I Fazy B+R miały być poddane ocenie,a partnerzy z najniższą oceną wyeliminowani z dalszego udziału. Do Etapu II Fazy B+R przewidziano dopuszczenie maksymalnie 7 partnerów, a następnie do Etapu III maksymalnie 3 partnerów.

Podał, że Faza wdrożeniowa miała być realizowana przez więcej niż 1 partnera (zgodnie z pkt 5.2. SIWZ, str. 13).

Odwołujący podkreślił, że umowa zakłada zatem udział wielu wykonawców w obu Fazach (B+R i Wdrożeniowej) i ich sukcesywną eliminację.

Wskazał nadto, że:

- zamawiający zaprosił do składania ofert wykonawców zakwalifikowanych do udziału w postępowaniu na podstawie złożonych wniosków, w terminie składania ofert wpłynęły 3 oferty, w tym oferta odwołującego,
- zamawiający rozstrzygnął postępowanie 18 grudnia 2018 r., dokonując wyboru wszystkich ofert, jakie zostały złożone w postępowaniu,
- postępowanie zostało skierowane do kontroli uprzedniej Prezesa UZP, w wyniku której zamawiający dokonał ponownej czynności oceny ofert oraz zdecydował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp – podstawą faktyczną podaną w informacji o odrzuceniu oferty było nieprawidłowe wypełnienie tabeli cenowej, która zdaniem zamawiającego wskazywało na oczywistą omyłkę rachunkową.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ oraz omyłki w treści oferty odwołującego odwołujący podał, że:

- w załączniku nr 3 do SIWZ: Formularz ofertowy zamawiający narzucił formularze cenowe. W części „G" formularza znalazły się 4 tabele tj.: ***tabela G.1.*** „Wycena Fazy B+R, w tym cena za każdy z Etapów Fazy***B+R", tabela G.2.*** „Wycena Fazy Wdrożeniowej, w tym ceny jednostkowe i ilość Pojazdów o określonej długości***", tabela G.3.*** „łączna cena zamówienia stanowiąca sumę cen za Fazę B+R oraz Fazę Wdrożeniową", tabela G.4. „Ceno***poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego***", którą należało wypełnić według specyfikacji Katalogu wyposażenia, stanowiącego Załącznik nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia,
- zgodnie z treścią części G „Cena" Załącznika nr 3 do SIWZ – Formularz ofertowyw tabeli G 1 należało podać cenę netto i cenę brutto za odpowiednio: I Etap Fazy B+R, II Etap Fazy B+R, III Etap Fazy B+R, a także cenę łączn netto i brutto za I Etap, II Etap i III Etap, w tabeli G.2 należało podać cenę netto i brutto za odpowiednio: Pojazd 1(m, Pojazd 12 m, Pojazd 18 m, a także cenę łączną netto i brutto za Pojazd 10 m, Pojazd 12 m, Pojazd 18 m, w tabeli G.3. należało podać sumę cen netto i brutto za Fazę B+R, wynikającą z Tabeli G.I oraz za Fazę Wdrożeniową, wynikającą z Tabeli G.2.,
- zgodnie z informacją zawartą w pkt 18 SIWZ „Opis obliczania ceny", ppkt 4 i 5 zamawiający zastosował następujące limity cen:
  1)limity cen dla poszczególnych Etapów Fazy B+R, tj.:
  a)cena za realizację Etapu I nie może przekroczyć 2 500 000 PLN netto;
  b)cena za realizację Etapu II nie może przekroczyć 4 850 000 PLN netto;
  c)cena za realizację Etapu III nie może przekroczyć 15 000 000 PLN netto;
  2)limity cen Pojazdów o zasięgu 120 km w Fazie Wdrożeniowej, tj.:
  a)cena .... Pojazdu ..... 10 m nie może przekroczyć 1800 ..... 000 PLN netto;
  b)cena .... Pojazdu ..... 12 m nie może przekroczyć 2 000 ..... 000 PLN netto;
  c)cena .... Pojazdu ..... 18 m nie może przekroczyć 2 800 ..... 000 PLN netto;
  d)cena .... Pojazdu 10 m musi być mniejsza od ceny Pojazdu 12 m, zaś cena Pojazdu 12 m mniejsza od ceny Pojazdu 18 m.
- *w pkt 18.6 SIWZ wskazano, że„W przypadku zaoferowania cen wyższych niż limity określone w pkt 18.4 i 18.5, Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Postanowienie niniejszego punktu nie dotyczy ofert wstępnych."*
- w formularzu ofertowym złożonym przez odwołującego w tabeli G.1 (Wycena Fazy B+R)i w tabeli G.2 (Wycena fazy Wdrożeniowej) zostały podane ceny jednostkowe odpowiednio za Etap I, Etap II i Etap III Fazy B + R oraz za Pojazd 10 m, Pojazd12 m, Pojazd 18 m. Podane ceny jednostkowe przekraczały limity dla poszczególnych Etapów Fazy B+R oraz limity cen Pojazdów o zasięgu 120 km w Fazie Wdrożeniowej określone przez zamawiającego,
- w tabeli G.1 jako cenę łączną Fazy B+R wpisano kwotę wynoszącą 29.661.450,00 zł, będącą sumą kwot wpisanych w tabeli G.I za Etap I, Etap II i Etap III postępowania,
- w tabeli G.2 jako cenę łączną Fazy Wdrożeniowej wpisano kwotę wynoszącą 5.170.031.448,00 zł, będącą sumą kwot wpisanych w tabeli G.2 za Pojazd 10 m, Pojazd 12 m i Pojazd 18 m,
- w tabeli G.3 (łączna cena zamówienia stanowiąca sumę cen za Fazę B+R oraz Fazę Wdrożeniową) wpisano natomiast kwotę 3.119.956.500,00 zł brutto (2.536.550.000,00 zł netto) – kwota ta jest niższa niż „teoretyczna" suma kwot z tabel G.1 oraz G.2 – kwota ta wynika z zastosowania limitów określonych przez zamawiającego w SIWZ dla poszczególnych Etapów oraz rodzajów pojazdów.

Na powyższej podstawie odwołujący stwierdził, że w jego ofercie zaistniały rozbieżności kwot wynikających z zsumowania kwot wskazanych w tabeli G.1 (tj. 29.661.450,00 zł) i G.2 (tj. 5.170.031.448,00 zł) oraz kwoty stanowiącej łączną cenę zamówienia, wskazanej w tabeli G.3 (3.119.956.500,00 zł).

Podał także, że pismem z 06.12.2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, wskazując, iż nastąpiły rozbieżności pomiędzy:

- limitami cen za realizację Etapu I i Etapu II Fazy B+R ustalonymi w SIWZ a cenami podanymi w ofercie,
- limitami cen jednostkowych pojazdów wszystkich kategorii długości ustalonych w SIWZ a cenami podanymi w

ofercie,

- łączną ceną zamówienia podaną w ofercie a wynikiem sumy cen za Fazę B+R i Fazę Wdrożeniową podanych w ofercie.

Uzupełnił, że zamawiający wezwał go do wyjaśnienia, czy powyższe było wynikiem omyłki oraz, czy zidentyfikowane rozbieżności oznaczają, że ceny za realizację Etapu I i II Fazy B+R i ceny jednostkowe pojazdów powinny zostać zrównane z limitami cenowymi wskazanymi w SIWZ, tak aby były zgodne z łączną ceną zamówienia stanowiącą sumę cen za Fazę B+R oraz Fazę Wdrożeniową podaną w ofercie.

Oświadczył, że w piśmie z 10.12.2018 r. udzielił następujących wyjaśnień: kwota wpisana w tabeli G.3 „Łączna cena zamówienia stanowiąca sumę cen za fazę B+R i Fazę Wdrożeniową" została wpisana prawidłowo natomiast ceny jednostkowe pojazdów oraz ceny za realizację Etapu I i II Fazy B+R zostały wpisane w wyniku omyłki i powinny zostać zrównane z limitami cenowymi wskazanymi w SIWZ tak, aby były zgodne z łączną ceną zamówienia stanowiącą sumę cen za Fazę B+R oraz Fazę Wdrożeniową podaną w ofercie.

Wskazał nadto, że w piśmie z 12.12.2018 r. zamawiający zawiadomił go o stwierdzeniu w treści jego oferty innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujących istotnych zmian w ofercie i poprawił te omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp – zamawiający w formularzu ofertowym w części G w tabeli G.1. *Wycena Fazy B+R* w kolumnie cena netto [PLN] w odpowiednich pozycjach wpisał cenę za każdy z Etapów Fazy B+R zgodną z limitami wynikającymi z pkt 18.4 SIWZ, w tabeli G.2. *Wycena Fazy Wdrożeniowej*, w kolumnie cena jednostkowa netto Pojazdu [PLN] w pozycji Pojazd 10 m, Pojazd 12 m, Pojazd 18 m wpisał ceny zgodne z limitami określonymi w SIWZ, poprawił również ceny podane w kolumnie cena brutto [PLN] w tabeli G.1 i w tabeli G.2.

Zamawiający w ww. piśmie z 12.12.2018 r. zwrócił się do odwołującego z prośbą o wyrażenie zgody na poprawienie omyłek w ofercie, a odwołujący zgody takiej udzielił.

W dalszej kolejności wskazał, że zamawiający pismem z 18.12.2018 r. poinformował o wyborze jako najkorzystniejszych ofert złożonych przez: odwołującego, Politechnikę Śląską i przystępującego (konsorcjum Ursus), zaś Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej wskazał na naruszenie art 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, których treść nie odpowiada treści SIWZ; od informacji o wyniku kontroli zamawiający wniósł zastrzeżenia do Krajowej Izby Odwoławczej, która w drodze uchwały z 05.02.2019 r., sygn. akt KIO/KU 5/19 postanowiła o nieuwzględnieniu zastrzeżeń zamawiającego – Izba zauważyła, że w ofercie odwołującego zaistniały rozbieżności kwot wynikających z zsumowania kwot wskazanych w tabeli G.1 (tj. 29.661.450,00 zł) i G.2 (tj. 5.170.031.448,00 zł) oraz kwoty stanowiącej łączną cenę zamówienia, wskazanej w tabeli G.3 (3.119.956.500,00 zł), stosownie zaś do treści art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany do poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, tym samym zamawiający był zobowiązany do przeliczenia łącznej wartości oferty stosownie do treści SIWZ zawartej w pkt 18.11, zgodnie z którym *„W razie rozbieżności Zamawiający w celu poprawienia omyłek rachunkowych przyjmie za prawidłowe jednostkowe ceny netto wskazane przez Wykonawcę w formularzu ofertowym oraz wskazaną stawkę podatku VAT.*

Podał, że – zdaniem Izby – zamawiający miał obowiązek zsumowania kwot wskazanych w tabeli G.1 i G.2, co prowadziłoby do uzyskania kwoty wynoszącej 5.199.692.898,00 zł; zamawiający dokonując zmiany cen jednostkowych podanych w tabeli G.1 i G.2 dokonał istotnej zmiany treści oferty złożonej przez odwołującego, naruszając art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Podał nadto, że Izba stwierdziła, że oferta złożona przez odwołującego jest niezgodna z pkt 18.4 i 18.5 SIWZ w zakresie limitów cen dla poszczególnych Etapów Fazy B+R oraz limitów cen Pojazdów o zasięgu 120 km w Fazie Wdrożeniowej, w związku z powyższym zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w związku z treścią pkt 18.6 SIWZ, zgodnie z którym zamawiający w przypadku zaoferowania cen wyższych niż limity określone w pkt 18.4 i 18.5 SIWZ odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że zamawiający poinformował go o tym, że wykonuje Uchwałę KIO oraz dokonał poprawy omyłki rachunkowej i odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp ofertę odwołującego jako przekraczającą limity cenowe określone w pkt. 18.4 i 18.5 SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający zmienił swoją pierwotną decyzję w zakresie dotyczącym oferty odwołującego tylko w oparciu o wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli, w której błędnie zinterpretowano omyłkę w Formularzu ofertowym odwołującego jako oczywistą omyłkę rachunkową, a nie jako omyłkę w stosunku do treści SIWZ, która powinna zostać poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Odwołujący stanął na stanowisku, że jego oferta zawiera omyłkę w formularzach cenowych, polegającą na niezgodności wewnętrznej tych tabel oraz braku uwidocznienia w nich limitów cenowych przy cenach jednostkowych, co jednak **nie może stanowić postawy do odrzucenia oferty odwołującego, ponieważ z**godnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, **jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. z pkt 3) ustawy Pzp.**

Podniósł, że odrzucenie oferty jest możliwe i dopuszczalne jedynie wtedy, gdy nie zachodzi okoliczność zobowiązująca zamawiającego do poprawienia omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp – zgodnie z tym przepisem niezbędne i obowiązkowe jest poprawienie omyłek, polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty; z treści przepisu wynika więc jednoznacznie, że nie każda niezgodność treści oferty z treścią SIWZ stanowi przesłankę do odrzucenia oferty – zamawiający nie może odrzucić oferty, w której pojawiają się omyłki czy też niezgodności, które można poprawić bez uszczerbku dla celu prowadzonego postępowania, jak też dla zachowania uczciwej konkurencji.

Stwierdził, że w tym celu ustawodawca wprowadził do polskiego systemu zamówień publicznych regulację artykułu 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, zgodnie z którą poprawie podlegają inne niż rachunkowe lub pisarskie omyłki, nie powodujące zmian istotnych w treści oferty.

Przypomniał, że przepis ten był wprowadzony nowelizacją z 2008 r., w uzasadnieniu do projektu ustawy (druk sejmowy 471) ***„Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań***". Uzupełnił, że jako przykład omyłek, które powinny podlegać poprawieniu w uzasadnieniu podawano przede wszystkim błędy pojawiające się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego.

Stwierdził dalej, że sam ustawodawca wskazał, że przy prowadzeniu postępowania nie jest celem samym w sobie przestrzeganie sztywnych regulacji formalnych – niezbędne jest dokonanie obiektywnej oceny stanu faktycznego z uwzględnieniem sytuacji w danym postępowaniu, a także jego celu i efektu, jaki dzięki danemu postępowaniu ma być osiągnięty.

Uzupełnił, że stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) – w sprawie C-599/10 SAG Slovensko Trybunał wskazał, że nie istnieją przeszkody w przepisach Dyrektyw, aby prawo krajowe zawierało zobowiązanie zamawiającego do uzyskania wyjaśnień od wykonawców zmierzających do poprawienia *„oczywistych błędów rzeczowych*". Trybunał zaznaczył jednocześnie, że procedura taka powinna być zastosowana w równy sposób do wszystkich wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji oraz odnosić się do wszystkich punktów oferty, które są niedokładne lub niezgodne z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji. Podobnie w wyroku w sprawie C-131/16 Archus Gama Trybunał wskazał,*Artykuł ten [art 10 Dyrektywy 2004/17 - dop. Odwołującego] nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.*"

W ocenie odwołującego z powyższego wynika, że istotne jest wzięcie pod uwagę wszystkich okoliczności sprawy dla ustalenia, czy zmiana oferty dokonana w wyniku poprawienia ma charakter istotny, czy też nie, przesądzenie zaś o istotności lub nie samej omyłki będzie implikowało obowiązek jej poprawienia i pozostawienia oferty w kręgu podlegających ocenie i możliwemu uznaniu za najkorzystniejszą lub też obowiązek jej odrzucenia.

Zdaniem odwołującego kontrola Prezesa UZP znacząco uprościła rozpoznanie stanu faktycznego, wskazując, że odwołującego zawiera omyłkę rachunkową, a w konsekwencji, że oferta podlega odrzuceniu jako oferta niezgodna z SIWZ – kontrolujący uznał, że nie stosuje się normy z art. 87 ust 2 pkt 3) ustawy Pzp, gdyż sytuacja odpowiada normie wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Odwołujący uznał, że kontrola nie przeprowadziła analizy, a następnie wnioskowania zgodnie z podanymi powyżej wytycznymi wynikającymi zarówno z treści samej ustawy, wykładni oryginalnej dokonanej w uzasadnieniu do projektu ustawy wprowadzającej zmianę, jak i orzecznictwa TSUE.

Zdaniem odwołującego zamawiający prawidłowo zakwalifikował omyłkę jaka wystąpiła w formularzu ofertowym jako inną omyłkę nie powodującą istotnych zmian w treści oferty w trakcie dokonywania oceny ofert po raz pierwszy – w Formularzu ofertowym odwołującego zaszła inna (niż oczywista omyłka pisarska i oczywista omyłka rachunkowa) omyłka, która polega na niezgodności oferty z pkt 18.4 i 18.5 SIWZ, dotyczącymi limitów cenowych do wykonania Etapów Fazy B+R i cen Pojazdów w Fazie Wdrożeniowej.

Nie zgodził się z poglądem, iż omyłka zaistniała w jego Formularzu ofertowym ma charakter oczywistej omyłki rachunkowej, ponieważ omyłka rachunkowa musi mieć charakter oczywisty i nie może być wątpliwości, że została popełniona przy działaniach arytmetycznych, a nie że jest wynikiem innych okoliczności niż te działania.

W ocenie odwołującego w przypadku omyłki w jego ofercie nie można stwierdzić, że w sposób oczywisty doszło do błędu w obliczeniach, przeciwnie, analiza Formularza ofertowego wskazuje, że nie doszło do prostego błędu w rachunkach polegającego na błędnym zsumowaniu kwot sumy z tabeli G.1 i sumy z tabeli G.2.

Przypomniał, że cena całkowita oferty za Fazę B+R oraz Fazę Wdrożeniową (tabela G3) w ofercie odwołującego wynosi 2 563 550 000 PLN netto oraz, że Tabela G.1 dotycząca Fazy B+R zawiera 3 wersy – dla trzech Etapów tej Fazy oraz czwarty wers z sumą powyższych. Tabela G.2. zaś zawiera 3 wersy – dla Pojazdu 10 m, Pojazdu 12 m oraz Pojazdu 18 m, z podaną liczbą każdego rodzaju Pojazdów (określoną przez zamawiającego) oraz wers dla sumy powyżej określonych.

Podniósł, że jeżeli w każdym z wymienionych wersów Tabeli G.1. oraz Tabeli G.2 zastosowana zostanie dopuszczalna wartość maksymalna (kwota limitu określona w SIWZ), to jedynym prawidłowym arytmetycznie wynikiem będzie właśnie wskazana w Formularzu ofertowym odwołującego, kwota 2 563 550 000 PLN netto.

Wskazał, że określając w SIWZ limity dla cen trzech Etapów Fazy B+R oraz Fazy Wdrożeniowej zamawiający w istocie określił limit ceny łącznej tych dwóch Faz na kwotę 2 563 550 000 PLN netto.

Stwierdził, że kontrolujący pominął ten istotny fakt w ocenie stanu faktycznego i uznał, że doszło do omyłki rachunkowej polegającej na niewłaściwym dodawaniu sum z tabel G.2. i G.3., nie wziął natomiast pod uwagę, że wysokość kwoty ceny całkowitej (tabela G.3) w ofercie odwołującego wskazuje na brak przypadkowości w jej podaniu.

Podkreślił, że przy świadomości limitów narzuconych w każdym wersie, przy stałej liczbie każdego rodzaju Pojazdów oraz przy cenie całkowitej za Fazę B+R oraz Fazę Wdrożeniową równej dokładnie maksymalnej cenie łącznej nie sposób uznać, że niezgodność w ofercie ma charakter omyłki obliczeniowej – wprost widoczne jest natomiast, że intencją odwołującego było zastosowanie limitów wymaganych przez zamawiającego.

Powołał się na wyrok z 04.12.2017 r. (sygn. KIO 2425/17), zgodnie z którym: *„Literalna wykładnia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych prowadzi do wniosku, że omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego. Jest ona bowiem inną kategorią omyłek niż omyłki pisarskie i rachunkowe, co do których ustawodawca przewidział możliwość ich poprawienia wyłącznie w sytuacji ich oczywistości."*

Stwierdził, że brak przypadku we wskazaniu ceny całkowitej w wysokości odpowiadającej dokładnie zastosowanym limitom dla poszczególnych składników ceny świadczy o braku oczywistości omyłki; nie było możliwym uznanie, że doszło do oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego i jej poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, przyjmując za podstawę ceny netto podane w tabelach G.1 i G.2 oraz sumy wynikające z tych tabel.

Uznał, że w szczególności zastosowania nie mógł znaleźć pkt 18.11 SIWZ, zgodniez którym *„Zamawiający w celu poprawienia omyłek rachunkowych przyjmie za prawidłowe jednostkowe ceny netto wskazane przez Zamawiającego w formularzu ofertowym oraz podaną stawkę VAT"* , ponieważ cytowany punkt dotyczy wyłącznie trybu postępowania w przypadku, gdy ma miejsce oczywista omyłka rachunkowa; innymi słowy by go zastosować, trzeba uprzednio stwierdzić, że omyłka ma charakter rachunkowy (a nie inny) oraz że w sposób oczywisty doszło do takiej omyłki, tj. poprzez błędne wykonanie obliczeń.

Powołał się na wyrok z 11.05.2018 r. (sygn. KIO 816/18): „Do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) konieczne jest ustalenie (lub przyjęcie racjonalnie usprawiedliwionego założenia), że określone wartości wpisane w formularzu cenowym są wynikiem omyłki powstałej przy wykonywaniu działań arytmetycznych. Przy czym oceniając ofertę zamawiający nie powinien poprzestać wyłącznie na weryfikacji działań arytmetycznych / bezkrytycznie oraz automatycznie przyjmować każdej rozbieżności za oczywistą omyłkę rachunkową, ale powinien ocenić, czy istotą stwierdzonej rozbieżności jest rzeczywiście niezamierzony błąd w działaniach na liczbach."

Powołał się także na wyrok z 24.04.2018 r. (sygn. KIO 673/18):„Omyłki rachunkowe to omyłki, które polegają na błędnym wykonaniu działań matematycznych. Natomiast „inne" omyłki, to omyłki których nie można zakwalifikować jako oczywistych omyłek pisarskich lub rachunkowych, które polegają na niezgodności oferty z siwz i nie powodują istotnych

zmian w treści oferty"

Ponowił, że omyłka nie ma charakteru omyłki rachunkowej, pomimo tego, że została popełniona w formularzu cenowym – samo miejsce jej popełnienia nie może przesądzać o jej charakterze.

Odwołujący wskazał, że drugim krokiem w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp powinno być sprawdzenie, czy poprawa omyłki ma charakter istotny.

Podkreślił, że intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy, na takie też stanowisko wskazuje wieloletni dorobek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, która wskazywała, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie (np. wyrok KIO z 23.03.2011 r., sygn. KIO 522/11).

W ocenie odwołującego dla określenia czy dana zmiana ma charakter istotny, czy też nieistotny niezbędne jest bardzo dokładne rozpoznanie stanu faktycznego danej sprawy, bez uproszczeń i analogii do innych postępowań.

Powołał się na wyrok z 23.04.2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09) Sądu Okręgowego w Krakowie, zgodnie z którym kwalifikator istotnych zmian, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.

Dodał, że na konieczność wzięcia pod uwagę wszystkich okoliczności sprawy wskazywała też wielokrotnie KIO np. w wyroku z 06.03.2018 r. (sygn. akt KIO 302/18): „*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.*"

Podsumował, że kontrola UZP uznając, że doszło do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, która nie może być poprawiona, pominęła wiele istotnych, następujących okoliczności faktycznych sprawy.

Po pierwsze, pominięto fakt, że poprawa we wnioskowany w odwołaniu sposób stanowi dostosowanie do rzeczywistej woli wykonawcy, polegającej na zaoferowaniu cen jednostkowych w tabelach G.1 i G.2 w wysokości równej dopuszczonym przez zamawiającego limitom; zamawiający w kryteriach oceny ofert dokonywał jedynie oceny ceny łącznej zamówienia, nie zaś składników cenowych. Uzupełnił, że wysokość tychże nie była oceniana w podkryteriach lub w jakiś inny sposób; zamawiający dopuszczał każde ceny do określonego limitu.

Podniósł, że przy poprawieniu omyłki polegającej na dostosowaniu cen uwidocznionych w wersach tabeli G.1. i G.2 do tabeli G.3, zmianie nie ulega cena oferty, a jedynie jej składowe.

Podkreślił, że przy uwidocznionej w jego ofercie cenie całkowitej 2 563 550 000 PLN netto i kształcie tabel G.1 i G.2 nie można dojść do innego wyniku, jak wpisania cen równych limitom narzuconym przez zamawiającego, wobec czego nie ma mowy o dowolnym uznaniowym działaniu zamawiającego. W ocenie odwołującego sytuacja wyglądałaby inaczej gdyby cena łączna nie była równa podanej powyżej kwocie, co jednak nie miało miejsca.

Po drugie, kontrolujący i w ślad za nim zamawiający pominął fakt, że procedura wyboru wykonawców nie kończy się zawarciem zwykłej umowy w sprawie zamówienia; p**ostępowanie nie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie opis przedmiotu zamówienia jest z góry określony, a jak wskazuje praktyka, dominującym kryterium oceny ofert jest cena. Rezultatem prowadzonej procedury jest zawarcie umowy o partnerstwo innowacyjne.**

Podał, że wybrany tryb postępowania, jak wskazuje się w motywie 49 do dyrektywy klasycznej 2014/24/UE, ma za cel osiągnięcie rozwiązań innowacyjnych, *przy czym celem zawartej umowy jest takie procedowanie fazy badawczo-rozwojowej i wdrożeniowej, by otrzymać optymalne rozwiązanie: „Gdy dostępne na rynku rozwiązania nie mogą zaspokoić potrzeby opracowania innowacyjnego produktu lub usługi lub innowacyjnych robót budowlanych oraz późniejszego zakupu wynikających dostaw, usług lub robót budowlanych, instytucje zamawiające powinny mieć dostęp do szczególnej procedury udzielania zamówień w odniesieniu do zamówień (...) powinna umożliwić instytucjom zamawiającym ustanowienie długotrwałego partnerstwa innowacyjnego w celu opracowania, a następnie zakupu nowego, innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych (...)."*

Wskazał, że podpisanie umowy partnerstwa innowacyjnego nie kończy konkurencji pomiędzy dopuszczonymi do niej partnerami, przeciwnie, konkurencja (w tym również konkurencja cenowa) pomiędzy wykonawcami zostaje rozciągnięta z etapu postępowania na etap wykonywania umowy. **W przypadku partnerstwa innowacyjnego zawieranego z wieloma partnerami innowacyjnymi, zasada konkurencji i równego traktowania zostaje** *de facto* **przeniesiona na etap realizacji umów o ustanowienie partnerstwa innowacyjnego. Zgodnie z art. 2 § 2 IPU** *„Partner, w ramach partnerstwa innowacyjnego, poddaje weryfikacji Wynik Prac Etapu w ramach Selekcji Etapu I oraz konkuruje wraz Uczestnikami Programu w ramach Selekcji Etapu II i Etapu HI o dalszy udział w Programie i docelowo o realizację dostaw Pojazdów w ramach Fazy Wdrożeniowej na rzecz Nabywców Pojazdów."*

Wskazał także, że celem partnerstwa jest pozyskanie przez organy publiczne partnerów do opracowania innowacyjnego produktu, a przedmiotowym postępowaniu w postanowieniach SIWZ zamawiający zakładał podpisanie umowy partnerstwa z wieloma podmiotami (Etap I w zasadzie bez ograniczeń, gdyż wskazano bardzo dużą liczbę 30 partnerów), gdyż ich liczba zwiększa szanse na uzyskanie wyników, które będą możliwe do dalszego opracowywania i rozwoju, finalnie zaś wdrożenia do produkcji.

Uzupełnił, że w tego typu postępowaniu udział wielu partnerów stanowi o znaczącym zwiększeniu możliwości osiągnięcia zadowalającego rezultatu, inaczej niż przy przetargu nieograniczonym lub innym trybie, konkurowanie pomiędzy wykonawcami odbywa się również po zakończeniu postępowania.

Za istotne uznał, że zamawiający od początku określił cenę zamówienia jako ten z elementów, którymi mieli konkurować wykonawcy, jako najmniej ważny.

Zdaniem odwołującego to, że cena nie jest elementem istotnym jest logiczne skoro narzucone zostały górne limity, a celem jest pozyskanie najlepszego innowacyjnego produktu.

Podał, że zgodnie z pkt 19.2 SIWZ i Załącznikiem nr 5 do SIWZ opisującym zasady przyznawania kryteriów, wymieniono pięć kryteriów oceny ofert, w tym cztery pozacenowe, w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego:

- zobowiązanie wykonawcy do uwzględnienia w opracowanym i dostarczonym pojeździe fakultatywnych cech innowacyjnych,
- ocena planu prac badawczo-rozwojowych,
- ocena bilansu energetycznego i kalkulacji zapotrzebowania na moc Pojazdu,
- ocena doświadczenia i kwalifikacji personelu Wykonawcy skierowanego do wykonania zamówienia w zakresie prac badawczo-rozwojowych i zarządzania projektem,

- Cena.

Podkreślił, że za ważniejsze od ceny zostały uznane aż cztery kryteria dotyczące cech innowacyjnych zamawianych pojazdów; zamawiający poprzez takie ukształtowanie kryteriów dał wyraz temu, że najistotniejszą dla niego kwestią jest wypracowanie i wdrożenie innowacyjnego produktu, zaś cena jest pochodną nadrzędnego celu, jakim jest innowacyjność.

Po czwarte, zgodnie z postanowieniami § 10 IPU Etap I, Etap II oraz Etap III Fazy B+R kończy się m.in. złożeniem prze Partnera Oświadczenia o Postąpieniu. Postąpienie zaś zgodnie z art. 47 § 92 IPU oznacza obniżenie przez Partnera Ceny Pojazdu, ceny za wyposażenie dodatkowe lub ceny za przyszłe Etapy Fazy B+R w trakcie Selekcji danego Etapu. Podniósł, że wskazane w ofertach przez każdego z wykonawców ceny maksymalne nie są wiec cenami ostatecznymi, które będą obowiązywać w trakcie umowy. Dodatkowo art. 46 IPU przewiduje również możliwość zwiększenia cen w szczególnych okolicznościach, które pozostają ściśle związane z innowacyjnym charakterem zamówienia.

Stwierdził, że tego typu rozwiązanie wychodzi naprzeciw obowiązkowi zamawiającego związanemu z wyborem trybu partnerstwa innowacyjnego – zgodnie z art. 73h ust. 3 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek zapewnienia, aby struktura partnerstwa, w szczególności czas trwania oraz wartość poszczególnych etapów odzwierciedlała stopień innowacyjności proponowanego rozwiązania. Podkreślił, że – jak stanowi zdanie drugie – szacowana wartość innowacyjnych produktów, usług lub robót budowlanych musi być proporcjonalna do wartości inwestycji niezbędnej do jej opracowania.

Uznał, że jedynie poprzez dopuszczenie zmian cen składowych w toku wykonywania umowy partnerstwa możliwe jest zachowanie się zgodnie z dyspozycją powołanego przepisu. Skoro przedmiotem zamówienia są usługi badawczo- rozwojowe, to ich specyfika wskazuje na konieczność zapewnienia elastyczności umowy; skoro z założenia cena może podlegać zmianom w toku partnerstwa, to tym bardziej nie można mówić że omyłka jej wyliczenia stanowi o niezgodności istotnej z treścią SIWZ. Ceny składowe w ofercie mają jedynie charakter wstępny.

Po piąte, z uwagi na brzmienie pkt. 16.7 SIWZ już w momencie złożenia ofert oczywistym było, że zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego ze wszystkimi wykonawcami (o ile oferty te okażą się poprawne i prawnie wiążące, a ponadto osiągną minimalny wymagany limit punktów).

Uznał, że w istocie poprawienie oferty nie naruszy naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zasady konkurencyjności – każda ze złożonych ofert przekroczyła minimalny próg punktowy.

Uzupełnił, że przyjęcie jego oferty nie wpływa negatywnie na pozycję pozostałych wykonawców, w tym pozycję wykonawcy, którego oferta nie została odrzucona.

Po szóste, zwrócił uwagę, że zgodnie z punktem 19.4 SIWZ zamawiający określił, że udzieli zamówienia każdemu wykonawcy, który otrzymał nie mniej niż 31 punktów, zaś zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ, w którym zostały określone kryteria oceny ofert wraz z punktacją, wykonawca mógł otrzymać maksymalnie 138 punktów, z czego jedynie 15 za cenę oferty.

Podniósł, że nawet jeśli odwołujący otrzymałby w tym kryterium 0 punktów, to i tak spełniłby wymóg minimalny, tj. uzyskałoby więcej niż 31 punktów w ocenie ofert.

W ocenie odwołującego ukształtowanie kryteriów oraz oceny uzyskane przez odwołującego wskazują jednoznacznie na to, że poprawienie omyłki nie ma wpływu na ocenę jego oferty – nawet bowiem gdyby nie uzyskał on żadnych punktów w tym kryterium, to i tak otrzymałby minimalną wymaganą liczbę punktów, a tym samym zostałby dopuszczony do zawarcia umowy partnerstwa, co przesądza o nieistotności poprawy omyłki w Formularzu ofertowym.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że rozbieżność w Formularzu ofertowym pomiędzy kwotami podanymi w tabelach G.1 i G.2 oraz w tabeli G.3, powinna zostać poprawiona jako omyłka w stosunku do treści SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty odwołującego oraz, że z treści oferty jednoznacznie wynika, że rzeczywistym zamiarem odwołującego było zaoferowanie cen jednostkowych równych limitom narzuconym przez zamawiającego – cena całkowita zaoferowana przez odwołującego nie jest bowiem wynikiem omyłki w mnożeniu i dodawaniu, odwołujący złożył ofertę, która limity te uwzględniała.

Oświadczył, że wysokość ceny całkowitej nie jest przypadkiem – odpowiada ona wyliczeniom z przyjęciem limitów cen jednostkowych i jest identyczna z ceną konsorcjum Ursus, którego oferta została jako jedyna uznana przez UZP jako prawidłowa.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zastrzeżenia informacji w ofercie konsorcjum Ursus jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący podał, że konsorcjum to zastrzegło w swojej ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujące informacje, które nie zostały udostępnione odwołującemu, podczas gdy nie stanowią one takiej tajemnicy, należycie wykazanej w terminie składania ofert:

- *„Informacje zawarte w części C Formularza oferty, tj. Personel Wykonawcy skierowany do wykonania zamówienia w zakresie prac badawczo-rozwojowych i zarządzania projektem;*
- *Informacje zawarte w części E Formularza oferty tj. Plan Prac badawczo-Rozwojowych wraz z zidentyfikowanymi ryzykami oraz Diagramem Gantta;*
- *Informacje zawarte w części F Formularza oferty tj. Bilans energetyczny i zapotrzebowanie na moc - w szczególności dane zawarte w tabeli FI i F.2 i F.4."*

Wskazał, że zamawiający w odpowiedzi na jego wniosek o udostępnienie dokumentów konsorcjum Ursus, mailem z 22.02.2018 r., przekazał niekompletną ofertę, tj. niezawierającą informacji zastrzeżonych jako tajemnica i uzasadnienia tego zastrzeżenia.

Stwierdził, że obowiązkiem zamawiającego było zbadać, czy wykonawca konsorcjum Ursus dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) – istotnym dla oceny zastrzeżenia jest jego treść złożona z ofertą, przy czym wykonawca musi udowodnić, że zastrzegane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę.

Podkreślił, że uzasadnienie nie może być krótkie, lakoniczne i musi wykazywać okoliczności rzeczywiście uzasadniające, że ma się do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie konsorcjum Ursus.

Podał, że tajemnicą przedsiębiorstwa są jedynie „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa (lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą; co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności" (art. 11 ust. 4 uznk).

Zakończył: „Z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że zastrzeżone informacje takiego charakteru nie posiadają.*"*

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego unieważnienia postępowania odwołujący wskazał, że z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 18.02.2019 r. wynika, że zamawiający, działając zgodnie z wytycznymi kontroli

Prezesa UZP dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Ursus, zaś pozostałe dwie złożone w postępowaniu oferty zostały odrzucone i nie podlegały ocenie, co oznacza, że o ile Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględni zarzutów dotyczących odrzucenia oferty odwołującego to umowa o partnerstwo będzie zawarta z jedynym wykonawcą, którego oferta nie podlegała odrzuceniu.

Podniósł, że tryb partnerstwa innowacyjnego ze swej istoty zakłada konkurowanie przez Partnerów po zawarciu umowy Partnerstwa, zarówno w Fazie B+R, jak i Fazie Wdrożeniowej.

Wskazał, że w motywie 49 do dyrektywy klasycznej 2014/24/UE zwraca się uwagę, że zawieranie umów o partnerstwo innowacyjne z wieloma parterami zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji: (...) partnerstwo innowacyjne powinno mieć taką strukturę, by mogło zapewnić niezbędny mechanizm popytowy, gdzie innowacyjne rozwiązania są opracowywane w odpowiedzi na zapotrzebowanie rynku (ang. market puli), bez wykluczania z rynku. Instytucie zamawiające nie powinny zatem stosować partnerstwa innowacyjnego w sposób uniemożliwiający, ograniczający lub zakłócający konkurencję. *W niektórych przypadkach* ustanowienie innowacyjnych partnerstw z kilkoma partnerami mogłoby pomóc uniknąć takich skutków."

Zdaniem odwołującego, w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, założeniem było zawarcie partnerstwa z kilkoma, jeśli nie kilkudziesięcioma partnerami, o czym świadczy punkt 5.2. SIWZ, jak też szczegółowe postanowienia IPU – zgodnie z art. 2 § 2 IPU Partner, w ramach partnerstwa innowacyjnego, poddaje weryfikacji Wynik Prac Etapu w ramach Selekcji Etapu I oraz konkuruje wraz z Uczestnikami Programu w ramach Selekcji Etapu II i Etapu III o dalszy udział w Programie i docelowo o realizację dostaw Pojazdów w ramach Fazy Wdrożeniowej na rzecz Nabywców Pojazdów.

Uznał, że oznacza to, że wykonanie przez Partnera kolejnych Faz i Etapów zależy od dopuszczenia do każdej Selekcji do następnego Etapu lub następnej Fazy, na zasadach i według kryteriów opisanych Umowa B+R. Podał, że zgodnie z art. 2 § 3 IPU: *W ramach Partnerstwa* przewidywane jest dokonywanie stopniowego zmniejszania liczby Wykonawców, *w drodze Selekcji Etapu II i Etapu III, zgodnie z kryteriami określonymi w Umowie B+R. Wskutek Selekcji część umów o partnerstwo może wygasnąć po każdym Etapie Fazy B+R.*

Podał nadto, że IPU w § 9-10 przewiduje procedurę Oceny Wyników Prac danego Etapu poszczególnych wykonawców, a tym samym ich premiowanie do kolejnego Etapu.

Odwołujący stanął na stanowisku, że z cytowanych postanowień SIWZ, wynikającychz celu partnerstwa zmierzającego do wyłaniania wykonawców w kolejnych stadiach, oferujących optymalne innowacyjnie rozwiązania, wynika, że zamawiający założył, że umowy o partnerstwo innowacyjne zostaną zawarte z kilkoma wykonawcami; umowy zakładają bowiem w kolejnych Etapach Fazy B+R, dokonywanie selekcji wykonawców i stopniowe zmniejszanie ich liczby.

W ocenie odwołującego wykonanie tych postanowień umowy o partnerstwo nie będzie możliwe, skoro w postępowaniu pozostała jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu; zamawiający, w przypadku zawarcia umowy o partnerstwo z jedynym wykonawcą nie tylko nie będzie w stanie realizować umowy zgodnie z jej treścią, ale również nie osiągnie podstawowego jej celu, jakim jest wypracowanie optymalnego innowacyjnie rozwiązania, dzięki zachowaniu konkurencji wykonawców.

Przypomniał, ze zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek unieważnienia, jeżeli *„postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego"*

Podał, że zamawiający, unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp jest uprawniony do brania pod uwagę zarówno okoliczności, skutkujące unieważnieniem zawartej umowy wynikające z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, jak i powinien brać pod uwagę okoliczności, związane z unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp (wyrok KIO z 09.09.2018 r. sygn. KIO 1235/18).

Wskazał, że zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp okoliczności takie to dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zdaniem odwołującego wybór oferty konsorcjum Ursus, w sytuacji gdy zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, a następnie SIWZ wskazał, że zawrze umowę partnerstwa z większą liczbą wykonawców jest naruszeniem postanowień obowiązujących w tym postępowaniu – założeniem postępowania było zawarcie umowy partnerstwa przewidującej wprost mechanizmy konkurencyjne na etapie partnerstwa wobec czego wybór jednego wykonawcy w sposób oczywisty uniemożliwia wykonywanie umowy zgodnie z jej postanowieniami.

Dodał, że wybór oferty konsorcjum Ursus, przy przyjęciu przez zamawiającego treści SIWZ wskazującej na konieczność zawarcia umów o partnerstwo innowacyjne z kilkoma wykonawcami, która to treść nie podlega już na tym etapie postępowania zmianom, tworzy sytuację, w której postępowanie obarczone jest nieusuwalną wadą, ponieważ dokonany wybór wykonawcy nie może doprowadzić do dopuszczenia tego wykonawcy do Fazy Wdrożeniowej, wbrew jasnym postanowieniom IPU, tj. wbrew wyrażonej w tej umowie zasadzie konkurencyjności na etapie fazy badawczo-rozwojowej; niedochowanie tej zasady na etapie Fazy B+R niewątpliwie przełożyłby się na ostateczny rezultat Fazy Wdrożeniowej.

W odniesieniu do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp odwołujący zwrócił uwagę, że takie rozstrzygnięcie postępowania, tj. wybór jednego wykonawcy do wykonywania umowy partnerstwa, która jest wprost przewidziana do wykonywania przez wszystkich partnerów nie leży w interesie publicznym – sytuacja takiego rozstrzygnięcia postępowania nie była brana pod uwagę przy kształtowaniu dokumentacji postępowania, w szczególności przywołane postanowienia o zmniejszaniu liczby wykonawców na etapach i fazach umowy partnerstwa świadczą o zamiarze zawarcia partnerstwa z więcej niż jednym wykonawcą.

Podał, że zamawiający zamierza sfinansować umowę partnerstwa ze środków europejskich, tj. Programu Operacyjnego Inteligentny Rozwój oraz wskazał, że wybór jednego wykonawcy prowadzi do niezgodnego z postanowieniami SIWZ ograniczenia konkurencji, które spowoduję szkodę w budżecie UE.

Stwierdził, że powyższe okoliczności, w przypadku kontroli poniesionych wydatków prowadzonej przez Komisję Europejską, najprawdopodobniej będą skutkowały stwierdzeniem niekwalifikowalności środków dofinansowania i naliczeniem korekty finansowej, skutkującej utrata nawet 100% dofinansowania.

Podał, że zgodnie z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 1303/2013 z dnia 17.12.2013 r., „nieprawidłowość" oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii, poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Uznał, że zamawiający jako beneficjent środków dofinansowania z UE, akceptując aktualny stan faktyczny (tj.

wybór oferty najkorzystniejszej przy jednoczesnym podtrzymaniu decyzji o odrzuceniu pozostałych ofert złożonych w postępowaniu) w sytuacji, gdy zaniecha unieważnienia postępowania, może doprowadzić do sytuacji, w której Komisja Europejska podniesie jako zarzut dokonanie wydatków niezgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania, wynikającymi z niej regułami; w szczególności doprowadzenie do sytuacji zawarcia umowy z jednym wykonawcą, gdy zgodnie z zapisami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ była ona przewidziana do zawarcia z większą liczbą podmiotów będzie traktowane jako naruszenie konkurencji.

Zauważył, że zawarcie umowy z jednym wykonawcą znacząco wpływa na ryzyko braku osiągnięcia rezultatu partnerstwa; jeżeli cel zawartej umowy (tj. wypracowanie optymalnego innowacyjnie rozwiązania, dzięki zachowaniu konkurencji wykonawców), na który beneficjant otrzymał dofinasowanie nie zostanie osiągnięty, cała dotacja może zostać uznana za wykorzystaną niezgodnie z przeznaczeniem, co oznacza zrealizowanie się przesłanki z art. 207 ust. 1 pkt 1 Ustawy o finansach publicznych, co w praktyce oznacza utratę 100 % dofinasowania UE.

Podsumował, że wypełnione są okoliczności wskazujące na obowiązek unieważnienia postępowania ze względu na nieprzewidzianą zmianę okoliczności oraz ze względu na uszczerbek w interesie publicznym związany z utratą środków finansowych na prowadzenie działań innowacyjnych.

sygn. akt KIO 357/19

W tym samym postępowaniu odwołanie wniósł wykonawca Politechnika Śląska, ul. Akademicka 2a, 44-100 Gliwice (dalej „odwołujący").

Odwołanie wniesiono wobec:

1. zaniechania przez zamawiającego wyczerpującego i wszechstronnego uzasadnienia informacji o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty odwołującego,
2. zaniechania przez zamawiającego wyjaśnienia treści oferty odwołującego w odniesieniu do SIWZ,
3. zaniechania przez zamawiającego poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp innej omyłki w ofercie odwołującego pomimo zaistnienia przesłanek ku temu,
4. odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 92 ust. 1 pkt 3), poprzez zaniechanie przedstawienia w sposób wyczerpujący i wszechstronny wszystkich przyczyn jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty,
2. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2), poprzez zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości odnoszących się do treści oferty złożonej przez odwołującego i pomimo tego odrzucenie oferty odwołującego,
3. art. 87 ust. 2 pkt 3), poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian treści oferty odwołującego w sytuacji, gdy istniały ku temu przesłanki,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2), poprzez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na okoliczność, iż zdaniem zamawiającego jej treść nie odpowiada treści SIWZ w sytuacji, gdy oferta odwołującego w całości pozostaje w zgodzie z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert połączonego ze sporządzeniem pełnego pisemnego uzasadnienia oceny ofert, zawierającego szczegółowe wskazanie powodów i przyczyn dokonanej czynności.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący stanął na stanowisku, że ma możliwość wniesienia odwołania w sytuacji, gdy postępowanie wcześniej podlegało kontroli uprzedniej prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz została wydana uchwała przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zaznaczył, że skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie nie jest związany zarówno wynikiem kontroli uprzedniej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie o sygn. akt KU/206/18/DKZP, ani uchwałą podjętą przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 5 lutego 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO/KU/5/19. Podkreślił, że zarówno kontrola uprzednia prowadzona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jak również podjęcie przez Krajową Izbę Odwoławczą uchwały w przedmiocie prawidłowości tejże kontroli w żaden sposób nie uniemożliwia wniesienia prawnie skutecznego odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie odwołującego powyższe znalazło wyraz w decyzji ustawodawcy o dopuszczalności wniesienia odwołania na czynność zamawiającego podjętą na podstawie informacji o wyniku kontroli uprzedniej nawet wówczas, gdy była ona przedmiotem umotywowanych zastrzeżeń rozpatrzonych przez Krajową Izbę Odwoławczą w drodze uchwały – sytuacja taka nie jest objęta hipotezą art. 189 ust. 2 pkt 4) lub 5) ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyłącznie o: 1) tych samych okolicznościach, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego oraz 2) czynności wykonanej przez zamawiającego zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, a nie uchwały Krajowej Izby Odwoławczej.

Wskazał, że w przepisie tym nie ma mowy o postępowaniu kontrolnym prowadzonym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, ani o uchwałach Krajowej Izby Odwoławczej zapadłych w wyniku wniesienia przez zamawiającego umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Stwierdził, że wskazane powyżej przesłanki odrzucenia odwołania nie mogą być interpretowane rozszerzająco.

Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. akt: XXIII Ga 924/14: *„aktualnie obowiązujące przepisy prawa nie dają podstaw do przyjęcia, iż w postępowaniu toczącym się na skutek odwołania zachodzi sytuacja związania składu orzekającego KIO rozstrzygającego odwołanie, uchwałą KIO wydaną w trybie art. 167 ust. 3 p.z.p.".*

Uzupełnił, że zgodnie z art. 167 ust. 4 ustawy Pzp wydana w formie uchwały opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca wyłącznie dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, nie wiąże zaś ani zamawiającego, ani Krajowej Izby Odwoławczej rozpatrującej sprawę w ramach postępowania zainicjowanego odwołaniem.

Uznał, że za poprawnością i zgodnością z ustawą Pzp wskazanego powyżej stanowiska przemawia również fakt, iż odwołujący PŚ nie miał możliwości wypowiedzenia się w sprawie kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a w szczególności umotywowanych zastrzeżeń zgłoszonych przez zamawiającego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 7 stycznia 2019 r., co jest okolicznością oczywistą i wynikającą wprost z przepisów prawa regulujących tego typu postępowanie (tj. kontrolę uprzednią).

Podkreślił, że postępowanie to w sposób zasadniczy wpłynęło na jego sytuację w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, toteż rozpatrujący niniejszą sprawę skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie powinien w żadnej mierze kierować się stanowiskiem przyjętym w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2019 r., sygn. akt: KIO/KU 5/19; potrzeba zapewnienia odwołującemu ochrony jego praw podmiotowych przemawia za tym, aby wszystkie okoliczności sprawy zostały poddane ponownej, całkowicie niezależnej od dokonanej w w/w uchwale, ocenie Krajowej Izby Odwoławczej.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niewyczerpującej treści uzasadnienia o odrzuceniu jego oferty odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia oferty.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 669/18: *uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować*".

Zdaniem odwołującego w ww. wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że nie czyni zadość przepisom art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp „*zaledwie kilkuzdaniowe uzasadnienie odrzucenia oferty*".

Uzupełnił, że informacja o odrzuceniu oferty „*powinna obejmować ocenę całościową złożonych przez wykonawcę dokumentów w ramach danego postępowania, a zatem zarówno dokumentów złożonych w ofercie, jak i dokumentów złożonych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych*" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2014 r., sygn. akt: KIO 908/14), tym samym – zdaniem odwołującego – także w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Stwierdził, że w przedmiotowej sprawie uzasadnienie informacji o odrzuceniu jego oferty sprowadza się wyłącznie do trzech zdań, w dodatku nie powiązanych ze sobą w logiczny związek przyczynowo-skutkowy.

Podał, że:

- w zdaniu pierwszym zamawiający wskazuje, że odwołujący „*nie wskazał cen poszczególnych elementów*", co – wedle odwołującego PŚ – nie jest zgodne z prawdą,
- w zdaniu drugim zaznaczył, że „*wszystkie ceny powinny być wyrażone w złotych polskich i wyższe niż 0*", co – wedle odwołującego – nie jest zgodne z treścią SIWZ,
- w zdaniu trzecim skonkludował, że ze względu na powyższe zobowiązany jest odrzucić ofertę, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, co – wedle odwołującego – nie jest zgodne z ustawą Pzp.

Podniósł, że jeśli, jak twierdzi zamawiający, nie wskazał cen poszczególnych elementów, to bezpodstawna jest ocena tego w jaki sposób powinny być wyrażone ceny (w jakiej walucie i w jakim przedziale cenowym).

W ocenie odwołującego nie jest więc jasne jak stwierdzenie dotyczące sposobu określenia elementów ceny ma się do faktu niewskazania ceny poszczególnych elementów; jednocześnie, prowadzi to do wniosku, iż pod względem treści umożliwiającej odwołującemu poznanie przyczyn odrzucenia jego oferty jest ono jeszcze bardziej lakoniczne niż wskazywałaby liczba zdań użytych przez zamawiającego i w sposób bardzo istotny uniemożliwiająca polemikę ze stanowiskiem zamawiającego w ramach postępowania odwoławczego.

Stwierdził, że w orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej „*niezbędnym dla odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych jest wskazanie przez zamawiającego, z jaką treścią SIWZ treść oferty wykonawcy jest sprzeczna*" (wyrok KIO z dnia 19 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 404/18), czego zamawiający w przedmiotowej informacji także nie uczynił.

Ocenił, że takie działanie, polegające *de facto* na krótkim zakomunikowaniu podjętej przez zamawiającego czynności i wskazaniu podstawy prawnej nie wypełnia wskazań normy art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt: KIO 1857/17).

Uzupełnił, że zamawiający nie jest także upoważniony, aby „*w postępowaniu odwoławczym uzupełniać uzasadnienie faktyczne podjętej czynności odrzucenia oferty odwołującego*" (wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt: KIO 1857/17).

Powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

- z dnia 20 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO 1429/15 „*uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez zamawiającego uchybień. Stanowczego podkreślenia wymaga, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach*",
- z dnia 25 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 946/15, KIO 947/15: „*Wykonawca ma pełne prawo, aby posiadać pełną wiedzę, jakimi przesłankami kierował się zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na zamawiającym*",
- z dnia 19 maja 2014 r., sygn. akt: KIO 866/14: „*Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności tak, aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach podejmowanych czynności zamawiającego, może się do nich odnieść - decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej*",
- z dnia 5 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2503/11 „*Czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest niezgodna z przepisami p.z.p. przez sam fakt nieprzedstawienia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się, wnosząc odwołanie. Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach*"

Podsumował, że odwołanie powinno zostać uwzględnione już tylko z przyczyn formalnych, tj. z tego względu, iż treść uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty odwołującego nie czyni zadość wynikającemu z ustawy Pzp obowiązkowi zamawiającego szczegółowego i wyczerpującego uzasadnienia przyczyn, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty; w efekcie czynność odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego powinna podlegać unieważnieniu, podobnie jak czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, co wiąże się z koniecznością

dokonania ponownego badania i oceny ofert, połączonego ze sporządzeniem pełnego, pisemnego uzasadnienia oceny ofert, zawierającego szczegółowe wskazania powodów i przyczyn dokonanej czynności.

W odniesieniu do zarzutu dotyczący niewyjaśnienia przez zamawiającego treści oferty w odniesieniu do SIWZ odwołujący podał, że:

- pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. zamawiający, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował go, że w jego ofercie znajduje się niewypełniona tabela G.4. i wezwał o udzielenie wyjaśnień „*czy powyższe było wynikiem omyłki oraz czy niewypełnienie tabeli z cenami poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego oznacza zaoferowanie przez Wykonawcę poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego w cenie pojazdów*",
- pismem z dnia 11 grudnia 2018 r. odwołujący PŚ wyjaśnił, że „*niewypełnienie tabeli poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego oznacza zaoferowanie przez Politechnikę Śląską poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego w cenie pojazdów*".

Wskazał, że pomimo wyjaśnień, z których – w ocenie odwołującego PŚ – w istocie rzeczy wynika, że w odniesieniu do elementów wyposażenia dodatkowego przyjął cenę „0" zł, a jedynie w wyniku omyłki nie wpisał jej w tabeli G.4., zamawiający nie dokonał jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp i odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Stwierdził, że zgodnie z ugruntowaną linia orzeczniczą zarówno sądów jak i Krajowej Izby Odwoławczej, czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp winno poprzedzić wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp; zamawiający dokonując czynności badania i oceny ofert nie może opierać się wyłącznie na formularzu oferty oraz formularzu cenowym, lecz winien poddać ocenie również złożone wyjaśnienia w kontekście zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami ustalonymi w treści SIWZ (por. wyrok KIOz dnia 10 października 2017 r., sygn. akt: KIO 2006/17).

Uzupełnił, iż jakkolwiek art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego wprost obowiązku wyjaśniania treści oferty, „*to jednak taka potrzeba po stronie zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na zamawiającym który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty. W przypadku powstania u zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do sformułowań zawartych w treści oferty, zamawiający ma możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści ofert, co wynika z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp*" (wyrok KIO z dnia 30 listopada 2011 r., sygn. akt: 2505/11).

Stwierdził nadto, że z utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie wynika, iż zaniechanie przez zamawiającego tego trybu wyjaśniania wątpliwości, odnoszących się do treści złożonej oferty, winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania (np. wyroki KIO do sygn. akt: 1327/09:1443/09,1617/11; 1612/11; KIO/UZP 88/09; 691/09).

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2011 r., sygn. akt 2505/11: „*Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia, w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom*".

Powołał się także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1165/18: „*Jednocześnie, nie można uznać za zrealizowanie wskazanego powyżej obowiązku wyjaśniania treści oferty, gdy Zamawiający pomimo wezwania Odwołującego do udzielenie wyjaśnień i ich otrzymania od niego w dalszym ciągu ma wątpliwości co do treści oferty i pomimo tychże wątpliwości podejmuje decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego bez dodatkowego pogłębienia swojej wiedzy o treści oferty Odwołującego pozyskanej w trybie wezwania do udzielenia wyjaśnień co do treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem „nie ma przeszkód, aby Zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości*".

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niepoprawienia innej omyłki w ofercie pomimo zaistnienia przesłanek uprawniających do jej poprawienia odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09: *celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest eliminowanie sytuacji, w których z powodu nieistotnych omyłek w treści oferty, odrzuceniu podlegałaby oferta gwarantująca realizację zamówienia zgodnie z siwz i wymaganiami zamawiającego".*

Dodatkowo powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 stycznia 2017 r., sygn. akt KI02492/16: *przepis obliguje zamawiającego do poprawienia niezgodności treści oferty z treścią siwz, jeśli zachodzą łącznie dwie okoliczności: 1) niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Ocenę czy owe przesłanki zaistniały w danym stanie faktycznym należy dokonywać mając na uwadze konkretne okoliczności sprawy (ad casum)*".

Odwołujący podał, że pismem z dnia 11 grudnia 2018 r., na wezwanie do udzielenia wyjaśnień, iż „*niewypełnienie tabeli poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego oznacza zaoferowanie przez Politechnikę Śląską poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego w cenie pojazdów*" udzielił wyjaśnień, z których wynika, że: 1) w odniesieniu do elementów wyposażenia dodatkowego przyjął cenę „0" zł oraz 2) tabela G.4. nie została przez niego uzupełniona ze względu na omyłkę.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 22/17: *ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym („istotne zmiany") zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty. Jak już zostało wyżej wskazane, treść oferty obejmuje istotne postanowienia umowy, a więc postanowienia, które odnoszą się m.in. do przedmiotu i ceny. Oznacza to, że za uprawnione należy uznać poprawienie błędów występujących w tym zakresie. Jednocześnie w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że dokonując oceny istotności zmian w treści oferty należy brać pod uwagę rozmiar tych zmian, mając na uwadze ilość, jakość i wartość przedmiotowych zmian*".

Podniósł, iż zarówno ilość, jakość i wartość zmiany jaka nastąpiłaby w wyniku poprawienia innej omyłki w jego ofercie w ten sposób, że zamawiający w odniesieniu do wyszczególnionych w tabeli G.4. elementów wyposażenia dodatkowego przyjąłby ceny „0" zł w żadnym razie nie prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty odwołującego PŚ,

gdyż jak wprost wynika z jego wyjaśnień taką cenę w odniesieniu do przedmiotowych elementów Wyposażenia Dodatkowego przyjął w swojej ofercie, w konsekwencji czego przedmiotowe poprawienie oferty w żadnym razie nie prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty odwołującego, gdyż zarówno cena, jak również inne parametry oferty nie uległy by zmianie.

Przywołał brzmienie pkt 18.1. SIWZ zgodnie, z którym *„Na cenę oferty (rozumianą jako maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy za realizację całego zamówienia) za wykonanie zamówienia składać się będą kwoty cząstkowe: za realizację Fazy B+R oraz za realizację Fazy Wdrożeniowej*, a także pkt 18.2. SIWZ *„Cena Fazy B+R liczona jako suma cen za realizację każdego z Etapów Fazy B+R, tj. Etapu I, Etapu II i Etapu III*oraz pkt 18.3. SIWZ *„Cena Fazy Wdrożeniowej jest liczona jako suma iloczynów liczby Pojazdów o danej długości i ich cen jednostkowych.*" Dodał, że w punkcie 18.4. i 18.5. zamawiający określił maksymalne limity cen odpowiednio dla etapów Fazy B+R oraz Fazy Wdrożeniowej.

W ocenie odwołującego za pomocą przywołanych punktów w SIWZ zamawiający zakreślił na potrzeby niniejszego postępowania zakres pojęcia cena – wykładnia tychże postanowień SIWZ prowadzi do wniosku, że na pojęcie to składa się wyłącznie cena za realizację Fazy B+R oraz cena za realizację Fazy Wdrożeniowej, nie odnosi się ono natomiast do ceny za Wyposażenie Dodatkowe.

Podkreślił, że w punkcie 18.2., ani w żadnym innym punkcie SIWZ zamawiający nie uwzględnił ceny za Wyposażenie Dodatkowe.

Wskazał, że w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu jego oferty zamawiający podał, że *„Wykonawca w Formularzu ofertowym w tabeli G.4 „Cen poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego", nie wskazał cen poszczególnych elementów*", zaś w piśmie z dnia 6 grudnia 2018 r. wystąpił w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie treści tabeli G.4.

Przypomniał, że w piśmie z dnia 11 grudnia 2018 r. wyjaśnił, że *„niewypełnienie tabeli z cenami poszczególnych elementów katalogi wyposażenia dodatkowego oznacza zaoferowanie przez Politechnikę Śląską poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego w cenie pojazdu", co* de facto *oznacza, że w tabeli G.4 Odwołujący zamierzał wskazać wartość „0"*, czego – oświadczył – omyłkowo nie zrobił.

Wskazał także, że wyjaśnił, że *„ceny poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego*" uwzględnił w cenie poszczególnych pojazdów „z góry", zwiększając odpowiednio cenę tych pojazdów i tym samym nie oferując odrębnego wynagrodzenia za wyposażenie dodatkowe, co jest jednoznaczne z przyjęciem wartości „0" w tabeli G.4.

Zdaniem odwołującego zamawiający tym samym powinien przyjąć, że w tabeli G.4 wskazał on wartość „0" i przyjmując takie założenie powinien dokonać oceny jego oferty.

Za niezrozumiałe uznał, dlaczego zamawiający pomimo jego jasnych wyjaśnień zinterpretował je w sposób przeciwny niż to z nich wynika.

Zauważył, iż jeśli zamawiający pomimo przedmiotowych wyjaśnień miał jeszcze jakieś wątpliwości co do treści jego oferty to kwestię tę powinien wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a nie odrzucać jego ofertę.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołujący, zastrzegając iż zarzut niewyczerpującej treści uzasadnienia o odrzuceniu jego oferty, która w istotny sposób utrudnia mu odniesienie się do stanowiska zamawiającego, wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Stwierdził, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej od wielu lat konsekwentnie wskazuje się, iż zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby – rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ(z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 11/17).

Odwołał się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. – art. 2 dyrektywy 2004/18 (zasada równego traktowania wykonawców) nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty.

Podkreślił, iż odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp nie obejmuje przypadków uchybień formalnych, wyrażających się chociażby w odmiennym od oczekiwanego przez zamawiającego sposobie prezentowania informacji w ofercie

Stwierdził, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej konsekwentnie podkreśla się, że *„to do obowiązków Zamawiającego należy określenie w sposób precyzyjny i jednoznaczny jak należy obliczyć cenę oferty, jakie składowe mają stanowić cenę danej oferty, jakie jednostki przeliczeniowe i jakie krotności należy przyjąć do działań matematycznych*" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2316/16).

Wskazał, iż:

- zgodnie z pkt 18.1. SIWZ *„Na cenę oferty (rozumianą jako maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy za realizację całego zamówienia) za wykonanie zamówienia składać się będą kwoty cząstkowe: za realizację Fazy B+R oraz za realizację Fazy Wdrożeniowej*",
- zgodnie z pkt 18.1. SIWZ *„Cena Fazy B+R liczona jako suma cen za realizację każdegoz Etapów Fazy B+R, tj. Etapu I, Etapu II i Etapu III*",
- zgodnie z pkt 18.3. SIWZ *„Cena Fazy Wdrożeniowej jest liczona jako suma iloczynów liczby Pojazdów o danej długości i ich cen jednostkowych*",
- w punkcie 18.4. i 18.5. zamawiający określił maksymalne limity cen odpowiednio dla etapów Fazy B+R oraz Fazy Wdrożeniowej.

Na powyższej podstawie wskazał, że za pomocą przywołanych punktów w SIWZ zamawiający zakreślił na potrzeby niniejszego postępowania zakres pojęcia cena – wykładnia postanowień SIWZ prowadzi do wniosku, że na pojęcie to składa się wyłącznie cena za realizację Fazy B+R oraz cena za realizację Fazy Wdrożeniowej, nie odnosi się

ono natomiast do ceny za Wyposażenie Dodatkowe; w punkcie 18.2., ani w żadnym innym punkcie SIWZ zamawiający nie uwzględnił bowiem ceny za Wyposażenie Dodatkowe.

Zdaniem odwołującego z tych względów sformułowany w pkt 18.13. SIWZ wymóg, że *„Każda z cen musi być wyższa od „0"* nie dotyczy ceny za Wyposażenie Dodatkowe, gdyż nie wchodzi ono w zakres definicji ceny przyjętej przez zamawiającego na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podniósł, że na gruncie ustawy Pzp cena jest pojęciem zdefiniowanym w sposób legalny – zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp przez cenę w rozumieniu ustawy Pzp należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1830 oraz z 2018 r. poz. 650); zgodnie z tymi przepisami cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową.

Podniósł, że sam zaś zamawiający w odniesieniu do Elementów Wyposażenia dodatkowego posługuje się również pojęciem wartości, a nie tylko ceny co oznacza, iż nadaje mu inne znaczenie.

Wskazał również, że ustawa Pzp rozdziela pojęcie ceny oraz ich istotnych części składowych.

Uznał, że w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego był uprawniony przyjąć za Wyposażenie Dodatkowe cenę w wysokości „0" zł.

Stwierdził, że takie też było rozumienie SIWZ przez odwołującego PŚ i jeśli intencja zamawiającego była inna to nie została w należyty sposób wyrażona.

Powołał się na orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z 6 października 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1341/15: *„niejednoznacznej treści z SIWZ nie można interpretować na niekorzyść wykonawców. Z niejasnych i niejednoznacznych postanowień SIWZ nie należy wyprowadzać negatywnych konsekwencji dla wykonawców. Tym samym należy sformułować postulat, aby przy interpretowaniu postanowień dokumentów przetargowych sporządzanych przez zamawiającego, przyjmować wykładnię względniejszą dla wykonawców usiłujących wypełnić tego typu postanowienia i wynikające z nich wymagania. Ponadto ze względu na zasady ogólne ustawy wyrażone w art. 7 Pzp interpretacja taka nie powinna prowadzić do ograniczania konkurencji w postępowaniu, między innymi właśnie poprzez eliminację wykonawców na podstawie niejasnych postanowień SIWZ. Tym samym w ocenie Sądu Okręgowego Izba słusznie nie dopatrzyła się niezgodności oferty X 76 Zamówienia Publiczne w orzecznictwie z SIWZ. Przyjęty przez KIO zaś sposób rozumienia SIWZ uwzględniał bowiem nie tylko literalne sformułowanie SIWZ, ale i brał pod uwagę sposób ich rozumienia przez wykonawców"*.

Podał nadto, że stosownie do treści art. 11 § 4 wzoru umowy zamawiający zastrzegł, że „Maksymalne wynagrodzenie należne Partnerowi za realizację Dostawy, w razie odbioru końcowego maksymalnej liczby Pojazdów przewidzianych do nabycia w ramach Dostawy w Wersji Podstawowej, wynosi *[] zł netto, tj. [ ] zł brutto, zaś w przypadku Dostaw w Wersji z Wyposażeniem Dodatkowym, wynosi [ ] zł netto, tj. [ ] zł brutto*".

Odwołujący wskazał, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stanął na stanowisku, zgodnie z którym postanowienie to wskazuje na to, że *„niemożliwe jest założenie, że wykonawca nie wypełniając tabeli G.4 zawarł ceny poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego w cenie pojazdu*".

Zdaniem odwołującego takie stanowisko świadczy o niezrozumieniu jego intencji wyrażonej w piśmie z dnia 11 grudnia 2018 r. i samej ofercie – odwołujący zaoferował poszczególne elementy Wyposażenia Dodatkowego w cenie pojazdu przyjmując założenie, że wszystkie pojazdy posiadać będą to wyposażenie dodatkowe; oświadczył, że jest bowiem gotowy do dostawy w ramach ceny pojazdu wersji z wyposażeniem dodatkowym i w taki sposób dokonał kalkulacji ceny poszczególnych pojazdów.

Wyjaśnił, że przyczyny stojące za takim rozwiązaniem mają charakter ściśle ekonomiczny i ewentualnie mogłyby stać się przedmiotem wyjaśnień na gruncie art. 90 § 1 ustawy Pzp.

Wyjaśnił, że korzystnym dla niego ekonomicznie rozwiązaniem jest przyjęcie takiej wyceny za poszczególny pojazd jakby obejmował on w każdym przypadku wyposażenie dodatkowe, pozwala to bowiem odwołującemu znać odpowiednio wcześniej cenę wszystkich pojazdów, co usuwa niepewność związaną z tym, w jakim zakresie nabywcy skorzystają z możliwości nabycia pojazdu z wyposażeniem dodatkowym; z drugiej strony gwarantuje to zamawiającemu już na etapie złożenia oferty, że odwołujący gotowy jest wykonać wszystkie pojazdy wraz z wyposażeniem dodatkowym.

Uznał, że wobec takiej kalkulacji ceny za pojazd nieracjonalne byłoby wskazanie w pozycji G.4 wartości wyższej niż „0", prowadziłoby to bowiem do dwukrotnego uwzględnienia w cenie wyposażenia dodatkowego – w przypadku, gdy nabywca zdecyduje się na nabycie pojazdu z wyposażeniem dodatkowym.

Stwierdził, że w tej sytuacji w art. 11 § 4 obie wartości netto i obie wartości brutto opiewać będą na tę samą kwotę, czemu nie sprzeciwia się SIWZ, ponieważ brak jest jakiegokolwiek postanowienia SIWZ, które zakazywałoby odwołującemu ustalenie ceny w ten sposób, w szczególności nie znajduje zastosowania do cen jednostkowych za wyposażenie dodatkowe pkt 18.13.

Podsumował, że skoro w świetle SIWZ był uprawniony do przyjęcia w odniesieniu do Wyposażenia Dodatkowego wartości „0" zł to uwzględniając treść jego oferty oraz wyjaśnień z dnia 11 grudnia 2018 r. nie sposób uznać, że jego oferta była niezgodna z SIWZ, a tym samym, że mogła zostać odrzucona przez zamawiającego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 6 marca 2019 r., wskazanej w dalszej części uzasadnienia oraz uzupełnionej w toku rozprawy (*„Informacja o kierunkowych zmianach wprowadzonych do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia 44/17/PI po negocjacjach z Wykonawcami", „Kryteria Oceny Ofert w postępowania Nr 44/17/PI"*– załącznik nr 5 do SIWZ), Odpowiedzi na odwołanie (pismo zamawiającego z dnia 12 marca 2019 r.), a także stanowisk stron i przystępujących zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołania do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawcy wnoszący odwołania posiadają interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

sygn. akt KIO 353/19

Zarzuty:

- odrzucenia oferty odwołującego z postępowania jako niezgodnej z SIWZ, podczas gdy nie podlegała ona odrzuceniu

jako zgodna z treścią SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2) i pkt 3) ustawy Pzp,

- uznania, że w ofercie odwołującego doszło do omyłki rachunkowej i poprawienie tej omyłki, podczas gdy w ofercie odwołującego taka omyłka nie miała miejsca, w wyniku którego to poprawienia zamawiający uznał, że oferta odwołującego jest niezgodna z SIWZ i powinna zostać odrzucona, czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 2 pkt 2) w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp,
- zaniechania poprawienia w treści oferty odwołującego omyłki w stosunku do treści SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, podczas gdy zachodziła podstawa prawna do dokonania takiej poprawy, czym zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Bezsporny między stronami był obowiązek podania przez odwołującego cen w odniesieniu do pozycji wskazanych w tabelach G.1 – G.3, tj. podania:

tabela G.1.

- ceny za realizację I Etapu Fazy B+R (wiersz B_1) w PLN netto i brutto liczbowo, stawki podatku VAT oraz ceny brutto słownie,
- ceny za realizację II Etapu Fazy B+R (wiersz B_2) w PLN netto i brutto liczbowo, stawki podatku VAT oraz ceny brutto słownie,
- ceny za realizację III Etapu Fazy B+R (wiersz B_3) w PLNnetto i brutto liczbowo, stawki podatku VAT oraz ceny brutto słownie,
- ceny za Fazę B+R łącznie: $B=B_1+B_2+B_3$ (wiersz B) w PLN netto i brutto liczbowo, stawki podatku VAT oraz ceny brutto słownie,

tabela G.2.

- cen jednostkowych w PLN netto i brutto liczbowo, stawki podatku VAT oraz ceny brutto łącznie dla wskazanych przez zamawiającego ilości poszczególnych rodzajów pojazdów (81 w przypadku pojazdu 10 m, 543 w przypadku pojazdu 12 m, 458 w przypadku pojazdu 18 m) oraz łącznej ceny brutto słownie,

tabela G.3.

- łącznej ceny stanowiącej sumę cen za Fazę B+R oraz Fazę Wdrożeniową nettoi brutto liczbowo, stawki podatku VAT oraz ceny stanowiącej sumę cen za Fazę B+R oraz Fazę Wdrożeniową brutto słownie.

W pkt. 18 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny" zamawiający wskazał:

- 18.4. „*Limity cen dla poszczególnych Etapów Fazy B+R:*
  1)Cena za realizację Etapu I nie może przekroczyć 2 500 000 PLN netto;
  2)Cena za realizację Etapu II nie może przekroczyć 4 850 000 PLN netto;
  3)Cena za realizację Etapu III nie może przekroczyć 15 000 000 PLN netto."
- *18.5. „Limity Cen Pojazdów o zasięgu 120 km w Fazie Wdrożeniowej:*
  1)Cena Pojazdu 10m nie może przekroczyć 1 800 000 PLN netto;
  2)Cena Pojazdu 12m nie może przekroczyć 2 000 000 PLN netto;
  3)Cena Pojazdu 18m nie może przekroczyć 2 800 000 netto;
  4)*Cena Pojazdu 10m musi być mniejsza od ceny Pojazdu 12m, zaś cena Pojazdu 12m mniejsza od ceny Pojazdu 18m;"*
- 18.11. „*W razie rozbieżności Zamawiający w celu poprawienia omyłek rachunkowych przyjmie za prawidłowe jednostkowe ceny netto wskazane przez Wykonawcę w formularzu ofertowym oraz podaną stawkę podatku VAT.*"

W Formularzu oferty w tabeli G.1. odwołujący w poszczególnych wierszach podał następujące ceny netto i brutto [PLN]:

- B_1 – 2 740 000,00 i 3 370 200,00,
- B_2 – 6 375 000,00 i 7 841 250,00,
- B_3 – 15 000 000,00 i 18 450 000,00,
- B_4 – 24 115 000,00 i 29 661 450,00.

We wszystkich wierszach odwołujący wskazał stawkę VAT w wysokości 23%. Podane ceny brutto słownie odpowiadały cenom brutto podanym liczbami.

W Formularzu oferty w tabeli G.3. odwołujący podał cenę netto [PLN] wynoszącą 2 536 550,00, cenę brutto [PLN] 3 119 956,00, stawkę VAT w wysokości 23%. Cena brutto słownie odpowiadała cenie brutto podanej liczbą.

Pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, tj. zadał pytanie, czy wskazane rozbieżności w tabelach G.1. i G.2. z limitami wynikającymi z SIWZ (które zamawiający wyspecyfikował w odrębnej tabeli zestawiając limity z SIWZ z cenami podanymi w ofercie odwołującego) były wynikiem omyłki oraz, czy zidentyfikowane rozbieżności oznaczają, że ceny za realizację Etapu I i II Fazy B+R i ceny jednostkowe pojazdów powinny zostać zrównane z limitami cenowymi wskazanymi w SIWZ tak, aby były zgodne z łączną ceną zamówienia stanowiącą sumę cen za Fazę B+R oraz za Fazę Wdrożeniową podaną w ofercie.

Odwołujący udzielił odpowiedzi pismem z dnia 10 grudnia 2018 r. – oświadczył, że kwota wpisana w tabeli G.3. „Łączna cena zamówienia stanowiąca sumę cen za Fazę B+R i Fazę Wdrożeniową" została wpisana prawidłowo, natomiast ceny jednostkowe pojazdów oraz ceny za etapy realizacji Etapu I i II B+R zostały wpisane w wyniku omyłki i powinny zostać zrównane z limitami cenowymi wskazanymi w SIWZ tak, aby były zgodne z łączną sumą zamówienia stanowiącą sumę cen za Fazę B+R oraz Fazę Wdrożeniową podaną w ofercie." Odwołujący ujął także w ww. piśmie tabelę, w której w kolumnie „Cena prawidłowa" podał:

- Cena za realizację Etapu I Fazy B+R – 2 500 000,00 zł,
- Cena za realizację Etapu II Fazy B+R – 4 850 000,00 zł,
- Cena za pojazd 10 m – 1 800 000,00 zł,
- Cena za pojazd 12 m – 2 000 000,00 zł,
- Cena za pojazd 18 m – 2 800 000,00 zł,
- Łączna cena zamówienia – 2 536 550,00 zł.

Pismem z dnia 12 grudnia 2018 r. zamawiający poinformował odwołującego o stwierdzeniu innych omyłek

polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w ofercie oraz o poprawieniu tych omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Zwrócił się także do odwołującego *„o pilne udzielenie odpowiedzi czy wyrażacie Państwo zgodę na poprawienie omyłek, o których mowa w niniejszym piśmie*".

Pismem z dnia 12 grudnia 2018 r. odwołujący wyraził zgodę na poprawienie wszystkich omyłek, o których mowa w piśmie zamawiającego z dnia 12 grudnia 2018 r.

Pismem z dnia 18 grudnia 2018 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszych ofert, w tym oferty odwołującego.

Pismem z dnia 18 lutego 2019 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, że:

- *„w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą uprzednią przedmiotowego postępowania podjął decyzję o unieważnieniu czynności poprawienia wartości wskazanych w formularzu ofertowym*" (pismo zamawiającego z dnia 12 grudnia 2018 r.),
- o stwierdzeniu, zgodnie z pkt. 18.1. SIWZ, oczywistych omyłek rachunkowych, polegających na błędnym obliczeniu ceny łącznej zamówienia wskazanych w tabeli G.3. formularza ofertowego,
- uwzględnieniu konsekwencji rachunkowych i poprawieniu wartości podanych w formularzu ofertowym (z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp); zamawiający jako łączną cenę zamówienia stanowiącą sumę cen za Fazę B+R oraz Fazę Wdrożeniową w tabeli G.2. wpisał: 4 227 392 600,00 PLN jako cenę netto oraz 5 199 692 898,00 PLN jako cenę brutto. Wpisał nadto odpowiadającą podanej liczbowo cenie brutto cenę brutto słownie.

Odrębnym pismem z dnia 18 lutego 2019 r, zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszych ofert z dnia 18 grudnia 2018 r. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał, że *„ceny jednostkowe za realizację Etapu I i Etapu II Fazy B+R wskazane w tabeli G.1. oraz ceny jednostkowe pojazdów wszystkich kategorii i wskazane w tabeli G.2 przekraczają limity cen ustanowionych przez Zamawiającego w punkcie 18.4. i 18.5. SIWZ*".

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp brzmi: *„W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści*".

Zgodnie zaś z przepisem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp *„Zamawiający poprawia w ofercie:*

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.

Poza sporem był fakt, że treść złożonej przez odwołującego oferty (Formularza oferty) w zakresie cen tabeli G.1. (wiersze B_1, B_2 i B jako suma m.in. B_1, B_2) oraz cen pojazdów o poszczególnych długościach (10 m, 12 m i 18 m) tabeli G.2. jest sprzeczna z treścią SIWZ co do wskazanych przez zamawiającego limitów.

Spornym pozostawała natomiast kwestia co do sposobu poprawienia przez zamawiającego niezgodności, tj. czy winno to nastąpić z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, czy z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Nałożony na zamawiającego obowiązek poprawy wskazanych w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp rodzajów omyłek musi być przez zamawiającego zrealizowany (ustawodawca użył wszak sformułowania *„Zamawiający poprawia*") niezależnie od tego, czy zamawiający wezwie wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp lub czy wykonawca na takie wezwanie odpowie.

W wypracowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej poglądem, poprawa przez zamawiającego omyłek, właśnie ze względu na ów obowiązek, niezależny od tego, czy wykonawca udzieli wyjaśnień na wezwanie zamawiającego (wykonawca nie ma przecież takiego obowiązku) musi być możliwa samodzielnie na podstawie całości treści oferty wykonawcy i postanowień opracowanej przez zamawiającego SIWZ.

Tytułem przykładu skład orzekający Izby wskazuje na wyrok z 22 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1083/17, KIO 1095/17, zgodnie z którym: *„Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp głosi natomiast, że zamawiający poprawia w ofercie omyłki nie będące oczywistymi omyłkami pisarskim lub rachunkowymi, o ile nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Orzecznictwo wydane w związku z powołanym przepisem wypracowało dyrektywy uzdrowienia oferty dotkniętej omyłkami. Przede wszystkim omyłki powinny być niezamierzone przez wykonawcę. Po drugie powinny mieć one charakter nieistotny, co ocenia się z reguły z zastosowaniem kryterium wartości, liczby pozycji ofertowych, w których znajdują się omyłki w stosunku do całości świadczenia oraz przedmiotowego znaczenia poprawianych elementów w stosunku do całości świadczenia wykonawcy. Przyjmuje się również, że zamawiający powinien móc we własnym zakresie ustalić sposób poprawienia oferty. Źródłem tego poglądu jest nie tylko wynikający z art. 87 ust. 1 Pzp zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących treści oferty, ale również to, że celem zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest odtworzenie oświadczenia wykonawcy zniekształconego skutkiem popełnienia omyłki, nie zaś ukształtowania przez zamawiającego nowego oświadczenia woli wykonawcy. Tego rodzaju działanie zamawiającego, nawet jeśli dotyczy nielicznych pozycji oferty, o relatywnie niedużej wartości w stosunku do ceny całej oferty nie mieści się w dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wyjątkowy charakter przywołanego przepisu, który stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w art. 87 ust. 1 in fine Pzp zakazu dokonywania zmian w treści ofert, uzasadnia restrykcyjną wykładnię przepisów dopuszczających korektę błędów oferty. Niezmienny charakter oferty akcentuje również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości wydane w sprawach C-599/10 SAG ELV Slovensko, C-366/Manova, C-131/16 Archus i Gama.*

Argumentowanie nieistotności omyłki przez wskazanie, czy jej poprawienie zmieni sytuację wykonawcy w postępowaniu przez zmianę miejsca oferty w rankingu ofert, może mieć jedynie znaczenie posiłkowe. Dostrzec bowiem trzeba, że zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Jeśli poprawienie omyłki popełnionej w ofercie jest niedopuszczalne, to wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy powinna ona podlegać odrzuceniu, jest naruszeniem tego przepisu."

Dodatkowo warto przytoczyć stanowisko Izby z wyroku z 14 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2808/15: *Izba stwierdziła, że dopuszczona przez ustawodawcę ingerencja zamawiającego w treść oświadczenia woli wykonawcy nie może polegać na zastępowaniu wykonawcy przy ustaleniu co chce zaoferować w danym postępowaniu. Aby działanie zamawiającego prowadziło do przywrócenia zamierzonej treści oświadczeniu wykonawcy, treść oferty powinna dać zamawiającemu podstawy do dokonania poprawy, zamawiający powinien być w stanie samodzielnie wywieść z treści oferty prawidłowe oświadczenie wykonawcy. Wyjaśnienia składane przez wykonawcę w toku oceny ofert powinny jedynie*

w ograniczonym zakresie wpływać na decyzję zamawiającego, w żadnym razie nie mogą zaś kreować nowego oświadczenia woli."

Uzupełniająco podnieść należy, że obowiązek zamawiającego, o którym mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp i wypracowane przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej reguły poprawy omyłek są takie same (nie ulegają modyfikacjom, liberalizacji) niezależnie od trybu, w jakim prowadzone jest postępowanie, czy też od wartości zamówienia.

W przypadkach zaś, gdy wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, wyjaśnień takich udziela możliwość ich uwzględnienia przez zamawiającego ograniczona jest płynącym z przepisu art. 87 ust.1 ustawy Pzp zakazem prowadzenia negocjacji pomiędzy wykonawcą a zamawiającym.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie treść oferty odwołującego nie zawierała informacji pozwalających zamawiającemu na samodzielne dokonanie poprawy treści oferty odwołującego w sposób przez niego wskazany w wyjaśnieniach, brak jest również jakiejkolwiek informacji, która mogłaby świadczyć, że wartości wskazane przez wykonawcę w wyjaśnieniach są tymi, które winny znaleźć się w formularzu ofertowym. Ponadto w ocenie składu orzekającego Izby zamawiający nie mógł, nie naruszając zakazu prowadzenia negocjacji z odwołującym, poprawić treść oferty odwołującego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Zaznaczyć bowiem należy, że postanowienia SIWZ, tj. wskazane przez zamawiającego ceny netto (ppkt 18.4. i 18.5.) były wielkościami maksymalnymi - limitami, w których miał zmieścić się odwołujący, co oznacza niebagatelne spektrum wartości, jakie wykonawca mógł wpisać w formularzu i przy tak znacznej wielości cen, które mogły zostać zaoferowana przez odwołującego – jedynie jedną z tych możliwości była cena netto w wysokości 2 500 000,00 zł w odniesieniu do wiersza B_1 tabeli G.1. oraz w wysokości 4 850 000,00 zł w odniesieniu do wiersza B_2 tabeli G.1. Taka też wielość cen dotyczy cen pojazdów o długościach 10, 12 i 18 m

Wskazanie przez odwołującego, w ramach wyjaśnień z dnia 10 grudnia 2018 r., że oferowanymi przez niego cenami netto są akurat 2 500 000,00 zł w odniesieniu do wiersza B_1 tabeli G.1. oraz w wysokości 4 850 000,00 zł w odniesieniu do wiersza B_2 tabeli G.1. i ich ewentualne przyjęcie przez zamawiającego oznaczałoby złamanie ustawowego zakazu prowadzenia negocjacji, wobec podkreślonej powyżej wielości możliwych cen netto w wierszach: B_1 i B_2 tabeli G.1.

Dostrzeżenia także wymaga, że przyjęcie zaoferowania przez odwołującego cen netto równych limitom nie jest wcale oczywiste – wystarczy odwołać się do Formularza oferty wykonawcy Politechnika Śląska z Gliwic, który w wierszu B_1 i B_2 zaoferował ceny niższe niż limity (2 500 000,00 zł i 4 850 000,00 zł), tj. odpowiednio 2 499 000,00 zł i 4 849 000,00 zł.

W ocenie składu orzekającego Izby bez znaczenia pozostaje fakt, że wpisanie w wierszu B_1 i B_2 tabeli G.1. Formularza oferty odwołującego każdej ceny równej albo niższej odpowiednio od 2 500 000,00 zł i 4 850 000,00 zł doprowadziłoby do zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ (w zakresie wiersza B_1 i B_2 tabeli G.1.), ponieważ prawidłowa realizacja nakazu poprawienia treści oferty wykonawcy wymaga w tym stanie faktycznym wpisania konkretnej wielkości (a nie przedziału), a tej – w tymże stanie faktycznym – zamawiający ani samodzielnie nie mógł ustalić, ani nie mógł „skorzystać" ze wskazania konkretnej wielkości, spośród wielu możliwych, przez odwołującego.

Nieuzasadnionym jest także przyjęcie, wobec wystąpienia niezgodności w dwóch tabelach (G.1., G.2.) i wskazania w nich bardzo zróżnicowanych wielkości (co skłania do wniosku, że nie są „przypadkowe"), ich poprawy jedynie na podstawie wskazania w tabeli G.3. ceny zgodnej z limitem, ponieważ na cenę równą limitowi w tabeli G.3. mogą się składać różne ceny cząstkowe dotyczące Fazy B+R oraz Fazy Wdrożeniowej.

Brak możliwości ustalenia, jakie konkretnie ceny w miejsce wskazanych w Formularzu oferty odwołującego cen winny zostać wpisane przesądza w dalszej kolejności o niemożności oceny, czy zmiana oferty miałaby charakter istotny, czy nie.

Odwołujący zarzucił także zamawiającemu, że ten z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp dokonał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w jego ofercie (zawiadomienie z dnia 18 lutego 2019 r.).

Gdyby nawet przyjąć, że rzeczywiście tak było, to uznać by należało – wobec braku możliwości poprawienia treści oferty odwołującego z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, o czym była mowa powyżej, że treść oferty odwołującego była i musi pozostać ofertą niezgodną z treścią SIWZ, to zaś oznaczałoby w dalszej kolejności obowiązek odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zamawiający zasadnie uznał, że w treści oferty odwołującego znajduje się oczywista omyłka rachunkowa.

Podnieść należy, że obowiązkiem zamawiającego jest doprowadzenie – w przypadkach tego wymagających – do zgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Skoro przepis ten przewiduje obowiązek poprawienia przez zamawiającego 3 rodzajów omyłek, a w rozpoznawanej sprawie oczywiste omyłki pisarskie nie wystąpiły (co było niesporne), zaś innych omyłek, o których mowa w pkt. 3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający nie mógł poprawić, nie naruszając jednocześnie zakazu z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (o czym była mowa powyżej), to jedyną możliwością doprowadzenia do zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ było zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, co zamawiający uczynił, a co jednak ostatecznie nie doprowadziło do usunięcia występujących niezgodności i uzasadniało odrzucenie oferty odwołującego.

Poprawienie zidentyfikowanych w ofercie odwołującego oczywistych omyłek rachunkowych było dodatkowo uzasadnione w świetle postanowienia ppkt. 18.11. SIWZ – jedynego postanowienia SIWZ, które precyzowało sposób poprawienia omyłek w ofertach wykonawców.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie był w stanie dokonać poprawienia pozostających w sprzeczności z treścią SIWZ treści Formularza oferty odwołującego, co uzasadniało odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Konsekwencją oceny, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego jest uznanie, że nie potwierdził się zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Nie może bowiem budzić wątpliwości, że wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu nie jest dopuszczalny.

Zarzut zaniechania odtajnienia oferty przystępującego, podczas gdy nie stanowiły one tajemnicy przedsiębiorstwa

należycie uzasadnionej w terminie składania ofert, czym zamawiający naruszył art. 8 ust. 1-3 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie został w odwołaniu prawidłowo sformułowany, stąd nie mógł zostać poddany rozpoznaniu przez skład orzekający Izby.

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 3 ustawy Pzp „*Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.*"

Zgodnie zaś z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp „*Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.*"

Na wstępie skład orzekający Izby podkreśla, wobec granic kognicji Izby wynikających z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wagę prawidłowego skonstruowania zarzutu. Jak wypracowało orzecznictwo Izby (wobec braku definicji legalnej zarzutu) prawidłowo skonstruowany zarzut składa się z podstawy faktycznej i prawnej. Podstawa faktyczna stanowi opis okoliczności, na których odwołujący opiera odwołanie. Jest skonkretyzowaniem czynności bądź zaniechań zamawiającego, w podjęciu których wnoszący odwołanie upatruje naruszeń ustawy Pzp, które prowadzą do poniesienia przez niego szkody.

Podkreślić należy, że to właśnie merytoryczne, skonkretyzowane w danych okolicznościach odniesienie się do istoty sprawy stanowi uzasadnienie faktyczne podnoszonych naruszeń w zakresie poszczególnych przepisów, w sumie z innymi elementami tworząc zarzut.

Odwołujący co prawda wskazał w petitum odwołania, że stawia zarzut zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie przystępującego, podczas gdy informacje te nie stanowiły tajemnicy, należycie uzasadnionej w terminie składania ofert [str. 4 odwołania pkt 4)], wskazał, że zamawiający naruszył w tym zakresie art. 8 ust. 1-3 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [str. 5 odwołania pierwszy akapit pkt 5)], wskazał także żądanie – nakazanie zamawiającemu odtajnienia oferty przystępującego w zakresie informacji, które zostały w niej zastrzeżone jako tajemnicę przedsiębiorstwa [str. 5 odwołania drugi akapit pkt 4)], to jednak w odwołaniu, w szczególności w uzasadnieniu na str. 18 pkt II „Zarzuty dotyczące zastrzeżenia informacji w ofercie Konsorcjum Ursus jako tajemnicy przedsiębiorstwa" odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych uzasadniających, że wskazane w punktach 1-3 na stronie 18 odwołania informacje z oferty przystępującego nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Odwołujący poprzestał na podaniu samego faktu zastrzeżenia konkretnych informacji z części C, E i F Formularza oferty przystępującego, faktu nieudostępnienia mu tych informacji przez zamawiającego, ogólnym stwierdzeniu, że „*wykonawca musi udowodnić, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę*", a uzasadnienie to „*nie może być krótkie, lakoniczne i musi wykazywać okoliczności rzeczywiście uzasadniające, że mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa*" oraz przytoczeniu nieaktualnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z zakończeniem: „*Z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że zastrzeżone informacje takiego charakteru nie posiadają.*"

Co więcej, z odwołania nie wynika jednoznacznie, czy odwołujący zarzuca zamawiającemu błędną ocenę dokonanego przez przystępującego zastrzeżenia i w jej następstwie zaniechanie odtajnienia oferty przystępującego, czy też odwołujący zarzuca zamawiającemu zaniechanie w ogóle dokonania takiej oceny – wątpliwość ta wynika z braku precyzji odwołania w tym zakresie, spotęgowanej zdaniem, które odwołujący podkreślił, poprzez „pogrubienie" czcionki o treści: „*Niewątpliwym **obowiązkiem Zamawiającego było zbadać, czy wykonawca Konsorcjum Ursus dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa** (art. 8 ust. 1 ustawy).*"

Abstrahując nawet od kwestii wskazanej jako ostatnia, stwierdzić przede wszystkim należy, że brak w odwołaniu okoliczności faktycznych przemawiających za kwestionowaniem informacji o personelu wykonawcy skierowanego do wykonania zamówienia w zakresie prac badawczo-rozwojowych i zarządzania projektem (część C Formularza oferty), informacji co do Planu prac badawczo-rozwojowych wraz z zidentyfikowanymi ryzykami oraz diagramem Gantta (część E Formularza oferty) oraz informacji co do bilansu energetycznego i zapotrzebowania na moc (część F Formularza oferty) jako mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa przesądziło o ustaleniu przez skład orzekający Izby, że „zarzut" wskazany przez odwołującego jako taki, który nie zawiera niezbędnych elementów nie mógł być uznany za zarzut, poddający się ocenie Izby.

Zarzut zaniechania unieważnienia postępowania, podczas gdy obarczone jest nieusuwalną wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o partnerstwo innowacyjne, czym zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z Informacją z otwarcia ofert z dnia 22 listopada 2018 r. (otwarcie ofert – 21 listopada 2018 r.) w postępowaniu złożono trzy oferty, w tym odwołującego i Politechniki Śląskiej z Gliwic.

Pismem z dnia 18 grudnia 2018 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszych ofert, w tym oferty odwołującego.

Pismem z dnia 18 lutego 2019 r. zamawiający poinformował odwołującego o:

- unieważnieniu wcześniejszej czynności wyboru najkorzystniejszych ofert z dnia 18 grudnia 2018 r.,
- wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego,
- odrzuceniu oferty odwołującego i oferty Politechniki Śląskiej z Gliwic.

Art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp brzmi: „*Zamawiający unieważnia postepowania o udzielenie zamówienia, jeżeli: 7) postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*"

Art. 146 ust. 6 ustawy Pzp brzmi: „*Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.*"

Wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wedle stanowiska odwołującego, jest to, iż wobec wyboru przez zamawiającego jedynie jednej oferty najkorzystniejszej „*umowa o partnerstwo będzie zawarta z jedynym wykonawcom, którego oferta nie podlega odrzuceniu*" (str. 18 odwołania zdanie ostatnie), gdy „*Tymczasem tryb partnerstwa innowacyjnego ze swej istoty zakłada konkurowanie przez Partnerów po zawarciu umowy Partnerstwa, zarówno w Fazie B+R, jak i Fazie Wdrożeniowej.*" (str. 19 zdanie pierwsze).

Skład orzekający Izby w pełni podziela zapatrywanie odwołującego co do tego, że tryb partnerstwa innowacyjnego zakłada konkurowanie przez wielu partnerów. Jest to generalne założenie, które odnieść należy do wszystkich trybów konkurencyjnych ustawy Pzp.

W żadnym jednak razie, tak w świetle obowiązujących przepisów prawa, jak i postanowień SIWZ, zawarcia

umowy o partnerstwo z jednym wykonawcą w nie można uznać za wadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie partnerstwa innowacyjnego.

Tytułem wstępu przypomnieć należy, że zawarcie umowy o zamówienie publiczne z wykonawcą, który jako jedyny złożył ofertę (w warunkach braku konkurencji „między ofertami") nie stanowi wady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, choć założenie konkurowania między wykonawcami zakłada także ten tryb.

Co więcej, obowiązujący w przeszłości przepis dotyczący przesłanek unieważnienia postępowania wprost wskazywał jako przesłankę unieważnienia trybów konkurencyjnych złożenie mniej niż dwóch ofert/wniosków. Art. 27b ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych brzmiał: „*Postępowanie o zamówienie publiczne unieważnia się, jeżeli: 1) w postępowaniu prowadzonym w trybie innym niż tryb zamówienia z wolnej ręki wpłynęły mniej niż dwie oferty lub mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przetargu ograniczonym.*"

Bezsprzecznie obowiązujące ustawodawstwo takiej przesłanki unieważnienia postępowania nie artykułuje.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego z rozprawy, iż „*partnerstwo jednopodmiotowe jest sprzeczne z prawem unijnym*" (str. 6 Protokołu posiedzenia i rozprawy z 13.03.2019 r.) skład orzekający Izby wskazuje na art. 31 ust. 1 zdanie trzecie Dyrektywy Parlamentu Europejskiegoi Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, zgodnie z którym: „*Instytucja zamawiająca może podjąć decyzję o ustanowieniu partnerstwa innowacyjnego z jednym partnerem lub kilkoma partnerami prowadzącymi odrębne działania badawczo-rozwojowe.*"

Wskazać także należy, że zgodnie z przepisem art. 73b ust. 2 ustawy Pzp „*Zamawiający wskazuje w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co najmniej: 3) zasady, na jakich nastąpi wybór partnera lub partnerów, w tym kryteria oceny ofert; 4) informację* o ustanowieniu partnerstwa innowacyjnego tylko z jednym wykonawcom *lub możliwość jego ustanowienia z wieloma wykonawcami;*"

Koniecznym jest nadto zacytowanie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 73g – „*Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem jest ustanowienie partnerstwa innowacyjnego, z jednym partnerem, a w przypadku o którym mowa w art. 73f ust. 2, zawiera umowy z kilkoma partnerami.*",
- art. 73f ust. 2 – „*Zamawiający może wybrać kilka ofert złożonych przez kilku wykonawców.*"
- art. 73h ust. 4 – „*Zamawiający może po każdym etapie zakończyć partnerstwo innowacyjne lub, w przypadku partnerstwa innowacyjnego z kilkoma partnerami, zmniejszyć liczbę partnerów przez (…)*",
- art. 73h ust. 5 – „*W przypadku partnerstwa innowacyjnego z kilkoma partnerami, zamawiający nie ujawnia pozostałym partnerom proponowanych rozwiązań ani innych informacji poufnych udzielanych w ramach partnerstwa innowacyjnego przez jednego z partnerów, bez jego zgody.*"

W świetle przywołanych powyżej uregulowań nie może budzić żadnych wątpliwości, że ustawodawca ani nie nakazał zawarcia umów o partnerstwo innowacyjne z wieloma partnerami, ani nie zakazał zawarcia takiej umowy z jednym partnerem. Zacytowane powyżej przepisy odnoszą się bowiem do dwóch przypadków: tak partnerstwa innowacyjnego z kilkoma partnerami, jak i z jednym partnerem.

Uzupełniająco, skład orzekający zauważa, że w pkt. 2 „Tryb udzielenia zamówienia" ppkt 2.2. SIWZ zamawiający podał, że „*W zakresie nieuregulowanym niniejszą Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, (…) zastosowanie mają przepisy ustawy PZP.*"

W dalszej kolejności skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że zamawiający wskazał w SIWZ(art. 73b ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp) zasady, na jakich nastąpi wybór zarówno partnera, jak i partnerów oraz ustanowił w SIWZ (art. 73b ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp) partnerstwo innowacyjne z jednym, jak i wieloma wykonawcami.

Przywołać należy postanowienie pkt. 5 SIWZ „Liczba partnerów, możliwość zakończenia partnerstwa innowacyjnego" ppkt 5.1. – „*Do zawarcia umowy o ustanowienie partnerstwa innowacyjnego (dalej: Umowy B+R) i Etapu I Fazy B+R zostanie dopuszczonych maksymalnie 30 Wykonawców (partnerów) wyłonionych na podstawie (…). Do etapu II Fazy B+R zostanie dopuszczonych maksymalnie 7 partnerów (…). Do Etapu III Fazy B+R zostanie dopuszczonych nie więcej niż 3 partnerów (…). Do Fazy Wdrożeniowej zostanie dopuszczony więcej niż jeden partner, na warunkach określonych w Umowie B+R*", także postanowienie pkt. 19 SIWZ „Zasady, na jakich nastąpi wybór partnera lub partnerów, w tym kryteria oceny ofert i ich znaczenie" ppkt 19.3. – „*Zasady dokonywania oceny w ramach w/w kryteriów przedstawione są w Załączniku nr 5. Dokument przedstawia kryteria wyboru ofert, na podstawie których Zamawiający przygotuje listę rankingową i dokona wyboru oferty, bądź najkorzystniejszych ofert oraz maksymalną liczbę punktów, które dana oferta może uzyskać za każde kryterium.*"

Zgodzić należy się z wnioskiem odwołującego wysnutym na podstawie treści IPU – umowy B+R (Załącznik nr 4 do SIWZ), że zamawiający założył, że umowy o partnerstwo zostaną zawarte z kilkoma wykonawcami, jednocześnie jednak zamawiający przewidział możliwość zawarcie umowy z jednym wykonawcą. Kluczowymi w tym zakresie są postanowienia Umowy B+R (Załącznik nr 4 do SIWZ), o której mowa w ppkt. 5.1. SIWZ, tjart. 2 § 5: „*Umowa Wdrożeniowa zostanie zawarta z nie więcej niż dwoma Wykonawcami, którzy uzyskają Wynik Pozytywny w ramach Selekcji Etapu III, z zastrzeżeniem postanowień Art. 23 i Art. 24*" oraz art. 13 § 13: „*Okoliczność, że liczba Wykonawców, którzy otrzymali Wynik Pozytywny w ramach danego Etapu jest mniejsza niż maksymalna liczba Wykonawców, którzy mogli otrzymać Wynik Pozytywny w ramach danego Etapu, nie stanowi przeszkody dla rozpoczęcia kolejnego Etapu lub Fazy.*"

Uzupełniająco przytoczyć należy art. 23 § 1 pkt 3) IPU– „*W ramach Listy Rankingowej w ramach Selekcji Etapu III Komisja Ekspertów: 3) przyznaje Wyniki Pozytywne nie więcej niż dwóm Wykonawcom: a) którzy nie otrzymali Wyniku Negatywnego, 2) którzy nie otrzymali Warunkowego Wyniku Pozytywnego*" oraz art. 23 § 2 IPU – „*Jeśli dwóch Wykonawców otrzymało Wynik Pozytywny, to Komisja Ekspertów, w ramach Listy Rankingowej przypisuje zgodnie z uzyskanym wynikiem oceny merytorycznej: (…)*".

Czytając łącznie pkt. 5.2. SIWZ oraz art. 2 § 5, 13§ 13 IPU, uwzględniając także postanowienia ppkt 19.3. oraz 2.2. SIWZ, a nadto art.23 § 1 pkt 3) i 23 § 2 IPU, skład orzekający Izby doszedł do wniosku, żezamawiający przewidział w SIWZ partnerstwo innowacyjne z jednym wykonawcą.

Wniosek powyższy oraz wniosek wcześniejszy, iż w świetle obowiązujących przepisów prawa zawarcie z jednym wykonawcą umowy o partnerstwo jest dopuszczalne determinują z kolei wniosek o braku podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego, co tym samym przesądza o uznaniu, że zarzut zaniechania przez zamawiającego unieważnienia tego postępowania nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania unieważnienia postępowania, podczas gdy ujawniły się nieprzewidywalne okoliczności powodujące, że dalsze jego prowadzenie nie leży w interesie publicznym, czym zamawiający naruszył przepis art. 93

ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Ustalenia poczynione w odniesieniu do zarzutu poprzedniego pozostają aktualne również i w tym zakresie, zatem jedynie uzupełniająco skład orzekający Izby wskazuje, że w ogłoszeniu o zamówieniu (nr 2018/S 001-000183) w pkt. III.2.2) zamawiający wskazał, w szczególności, że *„Do Fazy wdrożeniowej zostanie dopuszczonych do 3 partnerów, których dokładna liczba zostanie dookreślona w ostatecznej SIWZ."*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp brzmi: *„Zamawiający unieważnia postepowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;"*

Zarzut został oparty na twierdzeniu, że w ogłoszeniu i SIWZ zamawiający wskazał, że zawrze umowę partnerstwa (wyłącznie) z większą liczbą wykonawców, co tym samym miało oznaczać niedopuszczalność zawarcia umowy z jednym wykonawcą.

W zakresie ogłoszenia odwołujący nie zaprezentował żadnych okoliczności i argumentacji, stąd skład orzekający Izby nie miał się do czego odnieść.

W zakresie natomiast SIWZ skład orzekający Izby wypowiedział się w odniesieniu do zarzutu poprzedniego i również w tym zakresie argumentacja ta pozostaje aktualna.

Uwzględniając zatem, że zamawiający przewidział w SIWZ partnerstwo innowacyjnez jednym wykonawcą, uznać należy, że wybór oferty przystępującego jako jedynej oferty najkorzystniejszej nie stanowi okoliczności, której nie można było przewidzieć, co przesądza o braku wypełnienia przesłanki unieważnienia z art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, a jednocześnie o uznaniu, że zarzut się nie potwierdził.

Sygn. akt KIO 357/19

Zarzut zaniechania przedstawienia w sposób wyczerpujący i wszechstronny wszystkich przyczyn jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty, czym zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 18 lutego 2019 r. zamawiający zawiadomił odwołującego m.in. o odrzuceniu jego oferty.

Zamawiający w części „Uzasadnienie prawne" ww. zawiadomienia podał: *„Podstawą prawną odrzucenia oferty jest art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, który stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art.87 ust. 2 pkt 3.".*

W części „Uzasadnienie faktyczne" ww. zawiadomienia podał: *„Wykonawca w Formularzu ofertowym, w tabeli G.4. „Cena poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego", nie wskazał cen poszczególnych elementów, co powoduje niezgodność z SIWZ. Zgodniez treścią punktu 18.13. i 18.14. SIWZ wszystkie ceny powinny być wyrażone w złotych polskich i wyższe od 0. W związku z powyższym, Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP."*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp brzmi: *„Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach o których mowa (…)".*

Stanowisko odwołującego, kwestionującego wywiązania się zamawiającego z obowiązku nałożonego na zamawiającego przez ustawodawcę w ww. przepisie, opiera się na następującej argumentacji:

1. *„w przedmiotowej sprawie uzasadnienie informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego sprowadza się wyłącznie do trzech zdań"* (str. 14 odwołania ostatni akapit, odwołanie się do wyroku z dnia 24 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 669/18),
2. zdania te nie są ze sobą powiązane w logiczny związek przyczynowo-skutkowy (str. 14 odwołania ostatni akapit),
3. *„informacja o odrzuceniu „powinna obejmować ocenę całościową złożonych przez wykonawcę dokumentów w ramach danego odwołania, a zatem zarówno dokumentów złożonych w ofercie, jak i dokumentów złożonych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy (…)"*, w tym także w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (str. 14 odwołania),
4. zamawiający nie wskazał, z jaką treścią SIWZ treść jego oferty jest sprzeczna(str. 15 odwołania trzeci akapit – poprzez zacytowanie wyroku z dnia 19 marca 2018 r. sygn. akt KIO 404/18),
5. zamawiający nie jest upoważniony uzupełniać uzasadnienie faktyczne w postępowaniu odwoławczym (str. 15 odwołania czwarty akapit – poprzez zacytowanie wyroku z dnia 19 marca 2018 r. sygn. akt KIO 404/18),
6. zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności tak, aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej (str. 16 odwołania trzeci akapit – poprzez zacytowanie wyroku z dnia 19 maja 2014 r. sygn. akt KIO 866/18).

Skład orzekający Izby odniesie się do stanowiska odwołującego z zachowaniem kolejności wskazanej argumentacji.

1. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 669/18 Izba wskazała:*„W rozpoznawanej sprawie Zamawiający podał bardzo lakoniczne, zaledwie kilkuzdaniowe uzasadnienie odrzucenia oferty, przy czym wyłącznie w jednym z tych zdań można upatrywać konkretnej przyczyny dokonanego odrzucenia. Obok całkowicie ogólnikowych stwierdzeń, że wyjaśnienia nie potwierdziły prawidłowości ceny i że cena ta jest rażąco niska, a także wskazania co było przedmiotem zamówienia, Zamawiający podał jedynie, że w ramach poprzedniej umowy serwisowej (trwającej 36 miesięcy) dotyczącej urządzenia objętego przedmiotem niniejszego zamówienia lampa RTG została wymieniona dwukrotnie. Jest to jedyne stwierdzenie, z którego można wnioskować co było podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego. Pośrednio wynika z niego, że podstawą tą było przyjęcie do kalkulacji ceny jednorazowej wymiany lampy RTG. Odnosząc się do tego elementu uzasadnienia czynności odrzucenia stwierdzić należy, że (…)"*

W niosek odwołującego iżby z w wyroku tym Izba wskazała „zasadę", że *„nie czyni zadość przepisom art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp „zaledwie kilkuzdaniowe odrzucenie oferty"* nie znajduje potwierdzenie ani w brzmieniu uzasadnienia tego wyroku, ani z tegoż uzasadnienia nie wynika. Z zacytowanego powyżej uzasadnienia wyroku wynika, że Izba oceniła „zawartość merytoryczną" zawiadomienia o odrzuceniu oferty wykonawcy, ujętą wyłącznie w jednym zdaniu (*„przy czym wyłącznie w jednym z tych zdań można upatrywać konkretnej przyczyny dokonanego odrzucenia. Obok całkowicie ogólnikowych stwierdzeń (…)".*

To nie sama obszerność zawiadomienia co do powodów odrzucenia oferty wykonawcy, ale jej adekwatna do wskazanej podstawy prawnej „zawartość merytoryczna" decyduje o uznaniu, czy zamawiający wywiązał się z nałożonego nań obowiązku z art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp.

Stwierdzić należy, że sama okoliczność, że zamawiający podał powody odrzucenia oferty odwołującego w trzech zdaniach nie może przesądzać o tym, że zamawiający nie wywiązał się z obowiązku, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt

3) ustawy Pzp.

2. Wniosek odwołującego o braku powiązania, składających się na zawiadomienie o odrzuceniu oferty zdań w związek przyczynowo-skutkowy jest o tyle bez znaczenia (abstrahując od oceny, czy jest trafny), że już w zdaniu pierwszym zawiadomienia z dnia 18 lutego 2019 r. zamawiający wskazał wystarczający powód odrzucenia oferty odwołującego, tj. odwołujący w Formularzu ofertowym w tabeli G4 nie wskazał cen poszczególnych elementów.

Stwierdzić należy, że nawet gdyby wniosek odwołującego o braku powiązania w logiczny związek przyczynowo-skutkowy trzech zdań składających się na treść zawiadomienia z dnia 18 lutego 2019 r. okazał się być trafny to okoliczność ta nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania, a co najwyżej do uznania częściowego potwierdzenia się zarzutu (bez wpływu jednak na wynik postępowania w tym decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego).

3. Powoływanie się przez odwołującego na wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 21 maja 2014 r. o sygn. akt KIO 908/14 i „automatyczne" przeniesienia sposobu oceny podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na sposób oceny podstaw odrzucenia oferty wykonawcy jest niezasadny. W przypadku bowiem badania zgodności treści oferty z treścią SIWZ zamawiający może się oprzeć wyłącznie na dokumencie oferty, nie zaś na dokumentach, które ofertę mogłyby uzupełnić, czy wręcz zastąpić. Zamawiający ma obowiązek uwzględnienia przy ocenie podstaw wykluczenia wykonawcy „nowych dokumentów" w konsekwencji obowiązku wezwania tego wykonawcy do ich złożenia wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowi podstawy do żądania przez zamawiającego, ani do składania przez wykonawcę dokumentów, które w jakimkolwiek zakresie miałyby uzupełniać, czy wręcz zastępować dokument oferty, stanowiłoby to bowiem niewątpliwie element zakazanych przez ustawodawcę w ww. przepisie negocjacji dotyczących złożonej już oferty i zakazanej zmiany treści oferty w jakimkolwiek jej aspekcie. Odwołujący zdaje się prezentować stanowisko, choć nie zostało to wprost wyartykułowane, że takim dokumentem miałyby być wyjaśnienia odwołującego złożone przy piśmie z dnia 11 grudnia 2019 r. Odwołujący nie zaprezentował jednak żadnej argumentacji, która przemawiałyby za tym, aby w stanie faktycznym niniejszej sprawy niezbędnym było odniesienie się przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 18 lutego 2019 r. do treści (jednozdaniowych) wyjaśnień, zważywszy na fakt, że w wyjaśnieniach tych odwołujący potwierdził okoliczność, że nie wypełnił tabeli z cenami poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego, co stanowiło przecież wskazany przez zamawiającego w zdaniu pierwszym zawiadomienia powód odrzucenia jego oferty.

Stwierdzić należy, że zamawiający w sposób prawidłowy ocenił treść ofertę odwołującego, tj. dokonując tej oceny na podstawie dokumentu Formularza oferty, złożonego przez odwołującego w wyznaczonym przez zamawiającego terminie składania ofert.

4. Stanowiska odwołującego, iż zamawiający nie wskazał, z jaką treścią SIWZ treść jego oferty jest sprzeczna nie potwierdza treść zawiadomienia z dnia 18 lutego 2019 r., w którym zamawiający wskazał na kreujący obowiązek podania cen elementów wyposażenia dodatkowego opis tabeli i samą tabelę G4 (zdanie pierwsze), a dodatkowo na postanowienia punktu 18.13 i 18.14 SIWZ (zdanie drugie). Dostrzec także należy, że zaprezentowana przez odwołującego argumentacja odwołania odnosi się do wskazanych w zawiadomieniu postanowień SIWZ (str. 15 odwołania drugi akapit).

Stwierdzić należy, że zamawiający wskazał w zawiadomieniu z dnia 18 lutego 2019 r. z treścią których postanowień SIWZ oferta odwołującego pozostaje w sprzeczności.

5. Skład orzekający Izby podziela stanowisko odwołującego, iż zamawiający nie jest upoważniony uzupełniać uzasadnienie faktyczne w postępowaniu odwoławczym. Podnieść jednak należy, że zamawiający w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 357/19 nie uzupełniał wskazanych w zawiadomieniu z 18 lutego 2019 r. powodów odrzucenia oferty odwołującego. Sam odwołujący nie podnosił w toku rozprawy, iżby zamawiający próbę uzupełnienia podanych powodów odrzucenia oferty odwołującego podejmował.

Stwierdzić należy, że zamawiający nie uzupełniał uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego.

6. Treść odwołania, tj. prawidłowo sformułowane tak w aspekcie okoliczności faktycznych, jak i prawnych zarzuty i adekwatna do nich, szeroka argumentacja, poparta dodatkowo orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, a także argumentacja uzupełniająca, prezentowana przez odwołującego w toku rozprawy najdobitniej potwierdzają, że treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 18 lutego 2019 r. zagwarantowała odwołującemu możliwość weryfikacji w toku procedury odwoławczej prawidłowości podjętej przez zamawiającego czynności.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania przedstawienia w sposób wyczerpujący i wszechstronny wszystkich przyczyn jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty (zawiadomienia z dnia 18 lutego 2019 r.), czym zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania wyjaśnienia wątpliwości odnoszących się do treści oferty złożonej przez odwołującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. zamawiający wezwał odwołującego, z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, wskazując, że podczas badania treści oferty odwołującego ustalił, że w ofercie wykonawca „*pozostawił niewypełnioną tabelę G.4, która powinna zawierać ceny poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego*".

W dalszej części wezwania zamawiający wezwał do wyjaśnienia, czy powyższe było wynikiem omyłki czy powyższe oznacza, że zaoferowanie poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego w cenie pojazdów.

Pismem z dnia 11 grudnia 2018 r. odwołujący udzielił odpowiedzi, składając oświadczenie o treści: „*W odpowiedzi na pismo nr DAG-SZP.262.8.2018 z dnia 06.12.2018 r. w sprawie złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty (nr 44/17/17/PI) uprzejmie informuję, że niewypełnienie tabeli z cenami poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego oznacza zaoferowanie przez Politechnikę Śląską poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego w cenie pojazdów.*"

Pismem z dnia 18 lutego 2019 r. zamawiający zawiadomił odwołującego m.in. o odrzuceniu jego oferty.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Bezsprzecznie zamawiający wezwał odwołującego, stosując art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie braku cen w tabeli G.4. – wezwanie z dnia 6 grudnia 2018 r.

Odwołujący zdaje się w twierdzić, że ocena przez złożonych przez niego wyjaśnień nie uzasadniała odrzucenia jego oferty, ponieważ obowiązkiem zamawiającego było żądanie od odwołującego dalszych wyjaśnień, a to wobec tego, że zamawiający w dalszym ciągu ma wątpliwości co do treści jego oferty („*Jednocześnie, nie można uznać za zrealizowanie*

wskazanego powyżej obowiązku wyjaśniania treści oferty, gdy Zamawiający pomimo wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień i ich otrzymania od niego w dalszym ciągu ma wątpliwości co do treści oferty i pomimo tychże wątpliwości podejmuje decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego bez dodatkowego pogłębienia swojej wiedzy o treści oferty Odwołującego pozyskanej w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp" – str. 18 odwołania czwarty akapit).

Skład orzekający Izby podnosi, że odwołujący nie wskazał jednak nawet na czym „dalsze wątpliwości" zamawiającego miałyby polegać.

W ocenie składu orzekającego Izby wyjaśnienia odwołującego z 11 grudnia 2018 r. bez cienia wątpliwości potwierdziły okoliczność, że odwołujący nie wypełnił tabeli G.4. („*(…) informuję, że niewypełnienie tabeli z cenami poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego oznacza (…)*", co legło u podstaw uznania niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. Pozostała treść wyjaśnień pozostaje bez znaczenia dla oceny zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, ponieważ wskazuje jedynie dlaczego doszło do zaniechania wypełnienia przez odwołującego tabeli, tj. dlatego, że ceny zostały ujęte w innej tabeli (odnoszącej się do cen pojazdów tabeli G.2.).

Zarzut zaniechania poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki, polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian treści oferty odwołującego w sytuacji, gdy istniały ku temu przesłanki, czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Ustalenia składu orzekającego Izby poczynione w odniesieniu do zarzutu poprzedniego pozostają aktualne.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący oparł zarzut na błędnym założeniu, że ceny poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego mogą przybrać wartość „0", domagając się nakazania zamawiającemu poprawienia jego oferty, poprzez przyjęcie, że w tabeli G.4 odwołujący wskazał wartość „0".

Na temat błędności tego założenia skład orzekający Izby wypowiada się w zarzucie następnym.

W tym miejscu skład orzekający Izby wskazuje jedynie, że w świetle postanowień SIWZ żadna z cen, w tym cena za którykolwiek z elementów wyposażenia dodatkowego, nie mogła przybrać wartości „0".

W konsekwencji stwierdzić należy, że dokonanie przez zamawiającego poprawy oferty odwołującego, tj. tabeli G.4. w sposób przez niego wskazany nie doprowadziłoby do usunięcia sprzeczności treści jego oferty w zakresie ceny poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego z treścią SIWZ.

Skład orzekający Izby stwierdził także, iż w wyjaśnieniach z 11 grudnia 2018 r. odwołujący nie wskazał, że ujął w cenie pojazdów wartość „0". Wniosku takiego nie sposób również wywieść z treści tychże wyjaśnień, ponieważ wskazanym uzasadnieniem niewypełnienia tabeli było ujęcie cen poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego w cenach pojazdów, a całkowicie nieracjonalnym i bezpodstawnym jest przyjmowanie założenia, że wyposażenie dodatkowe jest „bez wartości".

Skład orzekający Izby wskazuje nadto, że przyjęcie akurat wartości „0" w sytuacji, gdy ceny poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego mogą, a także – ze względu na to, iż chodzi o różne elementy: automaty biletowe i kasowniki – powinny być różne, winno być zakwalifikowane jako element niedozwolonych negocjacji cenowych (skoro ceny te mogą przybierać różne wartości), zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego ze względu na okoliczność, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W pkt 18 SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny zamawiający określił w ppkt. 18.1-18.3., 18.7-18.8. oraz 18.10., 18.13., 18.14., co następuje.

„18.1. Na cenę oferty (rozumianą jako maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy za realizację całego zamówienia) za wykonanie zamówienia składać się będą kwoty cząstkowe: za realizację Fazy B+R oraz za realizację Fazy Wdrożeniowej.
18.2. Cena Fazy B+R liczona jako suma cen za realizację Fazy B+R, tj. Etapu I, Etapu II i Etapu III.
18.3. Cena Fazy Wdrożeniowej jest liczona jako suma iloczynów liczby Pojazdów o danej długości i ich cen jednostkowych."
„18.7. Wynagrodzenie za dostawę wykonaną w ramach wykorzystania prawa opcji (dostawa C) zostanie rozliczone na takich samych zasadach jak dostawa podstawowa (dostawa A + dostawa B).
18.8. Szczegółowe zasady i warunki dokonania płatności za każdy Etap Fazy B+R oraz za Fazę Wdrożeniową są wskazane w IPU. Wszelkie rozliczenia pomiędzy Zamawiającyma Wykonawcami będą prowadzone wyłącznie w polskich złotych."
18.10. Wykonawca w ofercie zobowiązany jest do podania cen netto oraz brutto. Wskazanie prawidłowej stawki w odniesieniu do każdej pozycji obciąża Wykonawcę".
„18.13 Każda z cen musi być wyższa od 0.
18.14. Wszystkie ceny powinny być wyrażone w złotych polskich (PLN)."

Zgodnie z Rozdziałem XIII Istotnych Postanowień Umowy („IPU") [załącznik nr 4 do SIWZ] Definicje pojęć stosowanyc w umowy:

„§ 10 Cena Ofertowa za Wyposażenie Dodatkowe – oznacza Cenę za Wyposażenie Dodatkowe ustaloną na podstawie Oferty;

§ 11 Cena Ostateczna za Wyposażenie Dodatkowe – oznacza Cenę za Wyposażenie Dodatkowe ustaloną na podstawie Oferty oraz Postąpień dokonanych w ramach Etapu I, Etapu II i Etapu III;

§ 12 Cena za Wyposażenie Dodatkowe – oznacza dodatkowe – względem Ceny Pojazdu – wynagrodzenie netto w złotych polskich należne Partnerowi za zastosowanie w Pojeździe danego elementu Wyposażenia Dodatkowego;

§ 135 Wersja z Wyposażeniem Dodatkowym oznacza zakres wykonania Pojazdu w Wersji Podstawowej wraz wyposażonego w Wyposażenie Dodatkowe;"

W Formularzu oferty, zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem (załącznik nr 3 do SIWZ) w części G „Cena" zamawiający ujął tabelę G.4. „Cena poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego" z następującymi kolumnami: „Oznaczenie elementu wyposażenia dodatkowego" (kolumna 1), „Cena jednostkowa netto [PLN] (kolumna 2), „Stawka VAT [%] (kolumna 3), „Cena jednostkowa brutto [PLN] (kolumna 4) oraz wierszami: „Kasowniki" „K1 do K8", „Automat biletowy" „A1 do A5". W odniesieniu do sposobu rozumienia elementów katalogu wyposażenia dodatkowego zamawiający odesłał do specyfikacji Katalogu wyposażenia dodatkowego, stanowiącego część Opisu Przedmiotu zamówienia. Do wypełnienie wykonawców zamawiający pozostawił wiersze w kolumnach 2-4.

Formularz oferty odwołującego obejmował tabelę G.4. zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem, tabela w wierszach kolumn 2-4 nie została wypełniona.

W załączniku nr 5 do SIWZ, stanowiącym opis kryteriów oceny ofert, zamawiający przewidział w pkt. 2.5. dotyczącym kryterium „Cena" w ppkt 2.7.1. przyznanie punktów za zadeklarowaną cenę zamówienia wg wskazanego wzoru, którego składową było „D_N" – „oznacza najniższą spośród wszystkich ważnych ofert sumę uśrednionych wartości brutto poszczególnych rodzajów komponentów wskazanych w tabeli G.4 formularza oferty (załącznik nr 3 do SIWZ)". Zamawiający wskazał nadto, że część oferty, której dotyczy kryterium to „Część G – Cena"

Pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. zamawiający wezwał odwołującego, z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, wskazując, że podczas badania treści oferty odwołującego ustalił, że w ofercie wykonawca „*pozostawił niewypełnioną tabelę G.4, która powinna zawierać ceny poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego*".

W dalszej części wezwania zamawiający wezwał do wyjaśnienia, czy powyższe było wynikiem omyłki czy powyższe oznacza, że zaoferowanie poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego w cenie pojazdów.

Pismem z dnia 11 grudnia 2018 r. odwołujący udzielił odpowiedzi, składając oświadczenie o treści: „*W odpowiedzi na pismo nr DAG-SZP.262.8.2018 z dnia 06.12.2018 r. w sprawie złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty (nr 44/17/17/Pl) uprzejmie informuję, że niewypełnienie tabeli z cenami poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego oznacza zaoferowanie przez Politechnikę Śląską poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego w cenie pojazdów.*"

Pismem z dnia 18 lutego 2019 r. zamawiający zawiadomił odwołującego m.in. o odrzuceniu jego oferty.

Zamawiający w części „Uzasadnienie prawne" ww. zawiadomienia podał: „*Podstawą prawną odrzucenia oferty jest art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, który stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art.87 ust. 2 pkt 3.*", zaś w części zawiadomienia.

W części „Uzasadnienie faktyczne" ww. zawiadomienia podał: „*Wykonawca w Formularzu ofertowym, w tabeli G.4. „Cena poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego", nie wskazał cen poszczególnych elementów, co powoduje niezgodność z SIWZ. Zgodnie z treścią punktu 18.13. i 18.14. SIWZ wszystkie ceny powinny być wyrażone w złotych polskich i wyższe od 0. W związku z powyższym, Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.*"

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący oparł zarzut na tym, że w przedmiotowym postępowaniu na pojęcie „cena" składa się wyłącznie cena za Fazę B+R oraz cena za Fazę Wdrożeniową, na pojęcie to nie składa się natomiast cena Wyposażenia Dodatkowego (str. 23 odwołania szósty akapit) – „*W punkcie 18.2., ani w żadnym innym punkcie SIWZ Zamawiający nie uwzględnił bowiem ceny za Wyposażenie Dodatkowe.*" (str. 23 odwołanie szósty akapit).

Stanowiska odwołującego skład orzekający Izby nie podzielił, ponieważ nie znajduje ono potwierdzenia w postanowieniach SIWZ, które – co wymaga w tym miejscu podkreślenia – należy interpretować łącznie.

Nie budzi wątpliwości składu orzekającego Izby, że o cenie w kontekście wyposażenia dodatkowego mowa w wielu postanowieniach SIWZ (nie tylko tych wskazanych przez odwołującego, tj. 18.1., 18.2., 18.4. i 18.5.):

ała część G Formularza oferty to część wymagająca wypełnienia „cenami",

ıbeli G.4. zamawiający nadał wręcz tytuł „Cena poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego" i pozostawił wykonawcom do wypełnienia wiersze kolumn w tym kolumny 2 i 4 – odpowiednio cena jednostkowa netto i brutto,

załączniku nr 5 w ppkt 2.7.1. zamawiający całą część G Formularza oferty zakwalifikował jako cenę, stanowiącą podstawę oceny w kryterium „Cena", przewidując zastosowanie we wskazanym wzorze obliczenia ceny „C" element „D_N", tj. uśrednione ceny z tabeli G.4.,

§ 10 IPU zamawiający zdefiniował, że„*Cena Ofertowa za Wyposażenie Dodatkowe – oznacza Cenę za Wyposażenie Dodatkowe ustaloną na podstawie Oferty*",

Uznając wobec powyższego, że odwołujący niezasadnie zakwestionował, opierając się jedynie na niektórych postanowieniach SIWZ, iż ceną w przedmiotowym postępowaniu jest także cena za wyposażenia dodatkowe, skład orzekający Izby uznał w konsekwencji, że obowiązkiem odwołującego było wypełnienie tabeli G.4. – podanie cen jednostkowych netto i brutto poszczególnych elementów wyposażenia, do których mają zastosowanie postanowienia pkt. 18.13. i 18.14. SIWZ, co oznacza, że ceny te nie mogły przybierać wartości „0" oraz, że wartość ta winna być wyrażona w złotych polskich.

Dostrzeżenia nadto wymaga, że zgodnie z pkt. 19 ppkt 19.5. SIWZ *Zamawiający analizując poszczególne ceny wyposażenia dodatkowego zaoferowane przez Wykonawców, będzie badać je pod kątem przepisów i zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Manipulacja poszczególnymi cenami będzie uznana za sprzeczną z dobrymi obyczajami, zasadą uczciwości kontrahenta i naruszeniem interesów Zamawiającego i konkurentów Wykonawcy, mająca wpływ na nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną.*" – postanowienie to stanowi dodatkowe uzasadnienie dla oczekiwania przez zamawiającego, aby każdy wykonawca w odrębnej tabeli (tabeli G.4.) podał ceny poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego.

Nie umknęło uwadze składu orzekającego Izby (nawiązując do oświadczenia co do rozumienia przez odwołującego SIWZ ze strony 24 odwołania czwarty akapit), że odwołujący na etapie udzielania odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (odpowiedź z dnia 11 grudnia 2018 r.) nie kwestionował, że ceną w przedmiotowym postępowaniu jest także cena wyposażenia dodatkowego. Skłania to raczej do wniosku, że zmiana sposobu rozumienia postanowień SIWZ stanowi jedynie element strategii odwołującego przyjętej na potrzeby postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby zauważa dodatkowo, że sam odwołujący, odnosząc się do złożonego przez siebie oświadczenia z dnia 11 grudnia 2018 r. stwierdził w odwołaniu, że „*ceny poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego uwzględnił w cenie poszczególnych pojazdów „z góry", zwiększając odpowiednio cenę tych pojazdów*" (str. 21 odwołania czwarty akapit), co podważa wiarygodność oświadczenia o przyjęcia wartości „zero".

Abstrahując od nieracjonalności przyjęcia wartości „0" (w ofertach konkurencyjnych były to ceny od 46 617,00 zł do 116 850,00 zł brutto za jeden automat biletowy i 2 829,00 do 8 118,00 zł brutto za jeden kasownik), nie sposób także pominąć, że w samym oświadczeniu z dnia 11 grudnia 2018 r. odwołujący nie podał, że uwzględnił wartość „0", ale „jedynie" że zaoferował ceny poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego w cenie pojazdów (nie podając żadnych wielkości).

Reasumując, obowiązkiem odwołującemu było wypełnienie tabeli G.4., poprzez podanie cen poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego – w wartości większej niż „0", wyrażonej w złotych polskich, czego odwołujący nie uczynił, a co uzasadniało odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów żadnego z odwołań skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji,

oddalając oba odwołania.

Na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp skład orzekający Izby wydał, w sprawach o sygn. akt KIO 353/19 i KIO 357/19, wyrok łączny.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……