

WYROK

z dnia 19 sierpnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 13 sierpnia 2019 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2019 roku przez wykonawcę EkoEnergia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Włoszczowa

przy udziale wykonawcy FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1501/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy EkoEnergia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod nazwą Dostawa i montaż 154 instalacji solarnych i 221 mikroinstalacji fotowoltaicznych w ramach programu „Budowa mikroinstalacji odnawialnych źródeł energii dla mieszkańców Gminy Włoszczowa” w zakresie Części II - Dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem

221 mikroinstalacji fotowoltaicznych dokonanej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy EkoEnergia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Zamawiającego Gminę Włoszczowa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę EkoEnergia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Gminy Włoszczowa na rzecz wykonawcy

EkoEnergia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1501/19

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Włoszczowa - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie Dostawa i montaż 154 instalacji solarnych i 221 mikroinstalacji fotowoltaicznych w ramach programu „Budowa mikroinstalacji odnawialnych źródeł energii dla mieszkańców Gminy Włoszczowa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 kwietnia 2019 roku pod numerem 2019/S 078-185666.

2 sierpnia 2019 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na

- nieuprawnionym odrzuceniu Oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji, w której oferta w całości spełniała warunki stawiane tak przez SIWZ, jak i przepisy ustawy,
- z ostrożności, także na odmowie dokonania sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 1 i 3 ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 2 ust. 7a ustawy przez dokonanie oceny treści Oferty Odwołującego z rażącym pominięciem celu postępowania, jakim jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który złożył Ofertę najkorzystniejszą. Skrajny formalizm Zamawiającego, który nie zaakceptował treści wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę doprowadził do odrzucenia Oferty wykonawcy, który - posiadając wymagany potencjał, złożył najkorzystniejszą Ofertę w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert, oferując przy tym wykonanie zamówienia w sposób całkowicie zgodny z SIWZ. Powyższe w sposób oczywisty nie tylko sprzeciwia się określönemu w art. 2 pkt 7a ustawy celowi postępowania o udzielenie zamówienia, a także, a może i przede wszystkim, narusza podstawowe zasady celowego i racjonalnego wydatkowania publicznego;
- 2) art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 65 § 1 kc przez ocenę Oferty Wykonawcy tylko i wyłącznie w oparciu o literalną treść zapisu modelu oferowanego modułu, z pominięciem kontekstu sytuacyjnego, w jakim zostało złożone sporne oświadczenie Wykonawcy. W ocenie Odwołującego, treść Oferty nie może być oceniana w oderwaniu od celu, jaki przyświecał wykonawcy przy złożeniu ww. Oferty, jakim było zaoferowanie urządzenia zgodnego z SIWZ i otrzymanie zamówienia.

z ostrożności, także Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 3) art. 84 ust. 1 ustawy przez nieuprawnione uznanie, iż Odwołujący zmienił treść swojej

oferty po upływie terminu do składania ofert, w sytuacji, w której Wykonawca wskazał jedynie w treści wyjaśnień, w jaki sposób treść jego oświadczenia winna być interpretowana. Powyższe nie doprowadziło do zmiany treści Oferty, gdyż od początku Wykonawca oferował wykonanie zamówienia przy użyciu panelu typu SL220-20P;

4) art. 87 ust. 2 pkt. 1 i 3 ustawy przez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej dostrzeżonej w treści Oferty, w sytuacji, w której istniał tylko jeden możliwy sposób korekty wadliwie wskazanych danych;

5) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy przez uznanie oferty Wykonawcy za niezgodną z ustawą, a w konsekwencji, jej odrzucenie.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienia czynności odrzucenia Oferty EkoEnergia Polska Spółka z o.o. - co do zadania częściowego nr II,
- poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej przez wskazanie w części II Oferty:

w Tabeli nr 1, "Instalacje Fotowoltaiczne montowane na budynkach mieszkalnych" w rubryce C pkt. 1 - 7 poprawnej nazwy modelu "typu SL220-20P" zamiast "typu SL280- 20P"

oraz w Tabeli 2 "Instalacje Fotowoltaiczne montowane poza budynkami mieszkalnymi" w rubryce C pkt. 1 - 8 poprawnej nazwy modelu "typu SL220-20P" zamiast "typu SL280- 20P",
- niezwłocznego zawiadomienia Odwołującego o poprawieniu Oferty,
- dokonanie ponownej oceny oferty Odwołującego, z uwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych w odwołaniu

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem w przypadku uwzględnienia wyżej stawianych zarzutów, Oferta wykonawcy zostanie przywrócona do postępowania. W konsekwencji, Zamawiający powróci do oceny Ofert, w tym Oferty Odwołującego w wyniku której dojść może - w stopniu granicznym z pewnością - do zawarcia umowy objętej przedmiotowym postępowaniem.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło osiem firm, na co wskazuje informacja z otwarcia oferty z dnia 6 czerwca 2019 r.:

- SOLGRO G. M., ul. Gwardyjska 33, 33-300 Nowy Sącz, oferując wykonanie zamówienia za kwotę 3 537 553,80 zł
- EkoEnergia Polska Sp. z o.o., ul. Olszewskiego 6, 25-663 Kielce, oferując wykonanie zamówienia za kwotę 2 793 934,42 zł
- HYMON ENERGY Sp. z o.o., ul. Dojazd 16A, 33-100 Tarnów - oferując wykonanie zamówienia za kwotę 2 858 419,82 zł
- INERGIS S.A., ul. Kisielewskiego 18/28B, 42-215 Częstochowa, oferując wykonanie zamówienia za kwotę 2 944 850,64 zł
- ANTINUS Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 39B5, 69-100 Skierniewice, oferując wykonanie zamówienia za kwotę 3 113 548,20 zł
- EKO-SOI_AR Sp. z o.o., Wszeradów 2,46-100 Namysłów, oferując wykonanie zamówienia za kwotę 3 086 156,59 zł
- FLEXIPOWER GROUP Sp. z o.o. Sp. K., ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Żaradzińska, oferując wykonanie zamówienia za kwotę 2 847 223,38 zł
- JSB CONSTRUCTION PPHU J. S., ul. Potokowa 12A/1, 80-297 Banino, oferując wykonanie zamówienia za kwotę 2 863 073,27 zł

Odwołujący podał, że każdy z ww. Wykonawców w ramach części II przedmiotowego zamówienia wskazywał na termin wykonania instalacji do dnia 30.05.2020 r. oraz identyczne

okresy gwarancji - 72 miesiące. W związku z czym decydującym kryterium wyboru oferty przez Zamawiającego było kryterium cenowe. Wskazać należy więc, iż najlepszą cenę za wykonanie oferty zaoferował Odwołujący, mianowicie kwotę 2 793 934,42 zł. Tym samym oferta EkoEnergia Polska Spółka z o.o. stanowiła ofertę najkorzystniejszą w przeprowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu.

Odwołujący podał, że interes Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania sprowadza się zatem do realnej możliwości uzyskania ww. Zamówienia. Powyższe legitymuje Wykonawcę do wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że w treści Oferty zaoferował wykonanie 221 instalacji fotowoltaicznych za łączną kwotę 2 793 934,42 zł przy użyciu m.in. panelu fotowoltaicznego producenta Sunlink model: SL220-20P. Model ten spełniał wszystkie wymogi SIWZ. Na skutek oczywistej omyłki, pracownik wykonawcy podając dane modelu w treści Oferty omyłkowo podał numer SL280-20P, myląc moc panelu z rozmiarem. Moc oferowanego modułu to 280 W. Błąd ten został powielony w kolejnych pozycjach tabeli, w której Wykonawca zaoferował te same urządzenia. Na powyższą, oczywistą jakby się wydawało zdaniem Odwołującego, omyłkę pisarską, wskazał on w piśmie z dnia 15.07.2019r., którym to pismem wyjaśnił, że w formularzu ofertowym nastąpiła omyłka pisarska nie mająca istotnego wpływu na treść Oferty. Wraz z ww. pismem Wykonawca przedłożył kartę katalogową oferowanego panelu, która potwierdzała poprawność wszystkich parametrów ww. panelu. Zamawiający nie żądał dalszych wyjaśnień w ww. zakresie.

W dniu 24 lipca 2019 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo datowane na dzień 23.07.2019r. pn. „Zawiadomienie o odrzuceniu oferty Wykonawcy EkoEnergia Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach w zakresie Części I/”, którym to pismem Zamawiający poinformował o odrzuceniu Oferty Odwołującego. Zamawiający wskazał, iż oferta złożona przez Odwołującego jest niezgodna z ustawą, gdyż na skutek złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień doszło do nieuprawnionej zmiany Oferty Spółki. W ocenie Zamawiającego poprawienie typu panelu nie może być kwalifikowane jako oczywista omyłka pisarska nie mająca istotnego wpływu na ofertę, ponieważ istnieją dwa urządzenia tego samego producenta o zbliżonych nazwach. Tym samym nie jest oczywiste, jaki panel zaproponował zamawiającemu w ofercie Wykonawca. Z tym stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 2 ust. 7a ustawy przez dokonanie oceny treści Oferty Odwołującego z rażącym pominięciem celu postępowania, jakim jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który złożył Ofertę najkorzystniejszą Odwołujący podniósł, że nie neguje wynikających z przepisów ustawy bezwzględnych zakazów modyfikacji treści Oferty po terminie składania ofert czy też bezwzględnego zakazu prowadzenia negocjacji co do przedmiotu oferowanego świadczenia. Postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu i obwarowane jest szeregiem przepisów proceduralnych, które wiążą Zamawiającego w podejmowanych działaniach. Jest to w pełni zrozumiałe. W żadnej jednak mierze przepisy natury proceduralnej i związany z nimi formalizm nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Dochowanie procedury nie jest bowiem celem samym w sobie. Nie można tracić z oczu, że wszystko co jest dozwolone w ustawie prawo zamówień publicznych - w tym prawo Zamawiającego do poprawienia oferty (lub też jak w niniejszej sprawie - po prostu wykładni), powinno podlegać racjonalnemu stosowaniu w celu osiągnięcia jak największej efektywności zamówień publicznych oraz zapewnieniu realizacji zasady "best value for money". Odwołujący wskazał, że eliminacja z postępowania poprawnie złożonej oferty, która obarczona była niewielką omyłką nie rzutującą ani na finalną klasyfikację ofert, ani na sposób wykonania umowy, w sposób oczywisty narusza zasady prawidłowej gospodarki środkami publicznymi i nakazuje Zamawiającemu realizację zamówienia za kwotę wyższą niż to rzeczywiście konieczne. Tego rodzaju decyzje nie mogą spotkać się z aprobatą. Zwłaszcza, że Wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z szeregiem wymagań opisanych przez Zamawiającego w treści Programu Funkcjonalno Użytkowego i zagwarantował, przez przedłożenie stosownych certyfikatów i kart katalogowych, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wszystkie stawiane przez Zamawiającego wymogi. W ocenie Wykonawcy, waga dostrzeżonych przez Zamawiającego uchybień, polegających na podaniu mocy panelu zamiast wymiaru, w żadnej mierze nie uzasadniała jej odrzucenia. Odrzucenie to samo w sobie, było wyrazem

nadmierne, niczym nieuzasadnione formalizmu, który w sposób oczywisty nie tylko sprzeciwia się określone w art. 2 pkt 7a ustawy celowi postępowania o udzielenie zamówienia, lecz także, a może i przede wszystkim, narusza podstawowe zasady celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 65 § 1 kc przez ocenę oferty Wykonawcy tylko i wyłącznie w oparciu o literalną treść zapisu modelu oferowanego modułu, z pominięciem prawidłowych zasad wykładni Odwołujący podał, że nie można zaaprobować stanowiska Zamawiającego, że poprawy w ofercie błędnie wskazanego typu modelu można dokonać na dwa sposoby. Przez "wskazanie panelu typu SL220-20P" albo przez wskazanie na "panel typ SL280-24P". Drugi z sugerowanych modeli nie spełnia bowiem kryteriów SIWZ i nie nadaje się do wykorzystania przy realizacji zamówienia. Nielogicznym i nie zrozumiałym jest próba wywiedzenia przez Zamawiającego, że Wykonawca mógł w treści oferty zaproponować wykonanie przedmiotu umowy za pomocą urządzenia, które nijak się ma do kryteriów SIWZ.

W tym kontekście Odwołujący podkreślił konieczność odwołania się przez Zamawiającego - w toku oceny ofert - do treści art. 14 ustawy Pzp, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Jednym z przepisów kodeksu cywilnego natomiast, do których Zamawiający powinien się odnieść w toku postępowania jest w szczególności przepis art. 65 § 1 k.c., który stanowi wykładnię oświadczenia woli. Zgodnie z jego treścią: „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”. W konsekwencji powyższego, ustalając znaczenie oświadczenia woli, Odwołujący wskazał na konieczność rozpoczęcia od "sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art 65 § 1 KCJ. Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej)". (Tak też: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 roku, sygn. akt IV CSK 95/07). Zdaniem Odwołującego biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający - badając jaki produkt zaoferował Odwołujący - nie może pomijać przede wszystkim kontekstu sytuacyjnego, w jakim zostało złożone sporne oświadczenie. Wykonawca działał bowiem w celu zaoferowania urządzenia zgodnego ze SIWZ i zdolnego do realizacji zamówienia. Nieracjonalne i niecelowe byłoby oferowanie urządzenia, którego dostawa nigdy nie doprowadziłaby do odbiorów i rozliczenia inwestycji, gdyż panel nie byłby zgodny z wymaganiami Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, treść Oferty nie może być bowiem oceniana w oderwaniu od celu, jaki przyświecał wykonawcy przy złożeniu ww. Oferty, jakim było zaoferowanie urządzenia zgodnego z SIWZ i otrzymanie zamówienia. Odwołujący wskazał, że nie istnieje zatem żaden alternatywny sposób interpretacji oświadczenia woli Wykonawcy, który zaoferował konkretny produkt określonego producenta. Nie ma bowiem żadnego racjonalnego uzasadnienia, dla którego Wykonawca mógłby choćby hipotetycznie rozważać zaproponowanie modelu niezgodnego z SIWZ. Nie ma także technicznej możliwości dla wykonania przedmiotu zamówienia przy pomocy panelu drugiego typu - panel typ SL280-24P. Dostawa i montaż tego rodzaju urządzenia nie doprowadziłaby bowiem do odbiorów i do zapłaty za wykonaną instalację, która nie spełniałaby oczekiwań Zamawiającego.

Wykonawca w toku przygotowywania Oferty wyceniał i analizował możliwość zastosowania właśnie ww. typu panelu, o którego dostępność i ceny dopytywał producenta. Model SL280-24P nie mógł być, i nie był, w ogóle brany pod uwagę. Zasugerowanie możliwości zaoferowania przez Wykonawcę zamówienia przy użyciu modelu ww. typu świadczy o braku elementarnej wiedzy technicznej po stronie Zamawiającego, gdyż zastosowanie tego produktu nie doprowadzi do wykonania oczekiwanego dzieła. Z tej też przyczyny, dokonana przez Zamawiającego wykładnia oświadczenia woli Wykonawcy, a bazująca tylko na numerycznym oznaczeniu produktów, jest po prostu błędna.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 84 ust. 1 ustawy przez nieuprawnione uznanie, że Odwołujący zmienił treść swojej oferty po upływie terminu do składania ofert, Odwołujący mając na uwadze wskazane już wcześniej uzasadnienie oświadczył, że nie zmienił w żaden sposób złożonej Oferty i od początku jego zamiarem było wykonanie przedmiotu zamówienia

przy wykorzystaniu panelu typu SL220-20P. W każdym przypadku złożenia wyjaśnień czy też dochodzi o "technicznej" zmiany zapisanej treści, przez modyfikację jednej litery lub znaku, jednak nie powoduje to żadnej zmiany złożonego oświadczenia woli, tj. propozycji wykonania zamówienia za określoną cenę, w określony sposób. Propozycja ta od dnia otwarcia ofert pozostała bowiem niezmienna. Wykonawca wycenił i zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu wskazanego panelu, a o omyłce dowiedział się dopiero z treści otrzymanego wezwania Zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 1 i 3 ustawy przez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej dostrzeżonej w treści Oferty, Odwołujący podał, że treść jego Oferty, przy prawidłowej jej interpretacji, z celu i kontekstu, w jakim została złożona, jest jednoznaczna i nie wymaga formalnego korygowania. Każdy producent czy dystrybutor otrzymując zamówienie dostawy produktu oznaczonego użytym symbolem domyśli się bowiem - pomimo podstawienia błędnej cyfry w ciągu znaków - o jaki model chodzi. Jest to oczywiste.

Zamawiający zdaniem Odwołującego był jednak uprawniony, a jeżeli uznał dostrzeżoną niespójność w oznaczeniu typu modelu za omyłkę, zobowiązany, do wszczęcia procedury mającej na celu poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Powyższe doprowadziłoby do formalnego wpisania, w miejsce cyfry "8", cyfry "2". Na tym de facto polegałaby korekta.

Zastosowanie ww. trybu uzależnione było od spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze - zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; po drugie - poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Obie przesłanki zostały spełnione w niniejszej sprawie - nie można uznać, by działanie Wykonawcy miało charakter celowy i by, jako przedsiębiorca i profesjonalista zaoferował model nieistniejący. Oczywistym jest, iż przedmiotem oferty była dostawa panelu o mocy 280 W, określonego producenta. Omyłkowa zamiana jednej cyfry w treści ciągu znaków stanowi klasyczny przykład omyłki pisarskiej i jako taka powinna być interpretowana. Korekta wskazywanej niezgodności nie spowoduje także istotnych zmian w treści Oferty, albowiem od początku oferta dotyczyła konkretnego modelu paneli. Dokonana w ww. trybie zmiana w żaden sposób nie modyfikuje pierwotnie złożonego oświadczenia woli wykonawcy, a jedynie zmierza do oznaczenia poprawnym symbolem numerycznym oferowanego sprzętu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy przez uznanie oferty Wykonawcy za niezgodną z ustawą, a w konsekwencji, jej odrzucenie Odwołujący podał, że nie rozumie, dlaczego Zamawiający uznał Ofertę Wykonawcy za niezgodną z ustawą.

Typ oferowanego panelu możliwy jest bowiem do ustalenia przez każdą osobę posiadającą co najmniej minimalne doświadczenie w branży, która skojarzy podane w nazwie modułu wartości z rozmiarem, mocą lub innym, typowym parametrem technicznym. Oferta w tym zakresie jest jednoznaczna. Nieprawidłowo przeprowadzony przez Zamawiającego proces wykładni oświadczenia woli Wykonawcy nie może świadczyć o niezgodności Oferty z ustawą - Zamawiający nie wskazał zresztą, który przepis ustawy oferta Odwołującego narusza. Nawet jednak uznanie, że Oferta wskazuje na możliwość wykonania zamówienia w oparciu o alternatywne, dwa panele, oznaczone poprawnie symbolem "SL220-20P" albo "SL280-24P", nie pozwala na odrzucenie oferty w oparciu o wskazaną przez Zamawiającego podstawę prawną. Ewentualne zaoferowanie przez wykonawcę alternatywnych rozwiązań, które mogłyby zostać uznane za niedopuszczalną w świetle zapisów SIWZ ofertę wariantową, mogłoby stanowić podstawę do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie zaś art. 89 ust. 1 pkt 1 tej ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.);

dalej: „Pzp” lub „ustawa”) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 sierpnia 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 24 lipca 2019 roku.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za niezasadny wniosek Zamawiającego podniesiony w piśmie z dnia 12 sierpnia 2019 roku „Odpowiedź na odwołanie” oraz podtrzymany na rozprawie o oddalenie odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy z uwagi na okoliczność, że przedmiotowe odwołanie nie może mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem Odwołujący nie zdołał wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba zaznacza, że na dzień rozpoznania odwołania Odwołujący nie został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający nie dokonał czynności wykluczenia Odwołującego. Ze stanowiska Zamawiającego wynika jedynie, że przeprowadził on czynności badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lecz nie dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w trybie „procedury odwróconej” i Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego oraz czynności jej odrzucenia. Czynności których jeszcze nie dokonał Zamawiający - tj. czynność wykluczenia wykonawcy, która na moment rozpoznania odwołania jest hipotetyczna i jedynie ewentualna w przyszłości nie może stanowić podstawy do oddalenia przedmiotowego odwołania. Izba wskazuje również, mając na uwadze powyższe, że bez znaczenia dla oceny postawionego wniosku jest złożony i zawnioskowany przez Zamawiającego dowód (dowód nr 4), bowiem dotyczy on działań jakie podejmował Zamawiający, ale nie odnosi się do czynności wykluczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ takiej nie było.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która

z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie procesowym z dnia 12 sierpnia 2019 roku Odpowiedź na odwołanie. Izba uwzględniła również stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- dowód nr 1 - pismo z 20 maja 2019 roku od podmiotu Soltec spółka cywilna w Warszawie (1 karta),
- dowód nr 2 - Opinia autorstwa dr hab. inż. R. P., prof. PŚ (3 karty),
- dowód nr 3 - pismo z 8 sierpnia 2019 roku od podmiotu Soltec spółka cywilna w Warszawie (1 karta).

Izba dopuściła dowód złożony i zawnioskowany przez Zamawiającego na rozprawie:

- dowód nr 4 - pismo z 23 lipca 2019 roku od Wójta Gminy Łomazy (1 karta).

Izba dopuściła dowód złożony i zawnioskowany przez uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie:

- dowód nr 5 - karty katalogowe dla grupy produktów SL 220-20P (3 karty), opracowanie własne - wymagania stawiane modułowi fotowoltaicznemu (PFU) z uwzględnieniem zmian zawartych w pytaniach i odpowiedziach oraz porównanie modułu SL220-20P oraz SL280-24P dla mocy 280 Wp z parametrami wymaganymi w przetargu (1 karta).

VI.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Odwołanie dotyczy Części II - dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 221 mikroinstalacji fotowoltaicznych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Dostawa i montaż 154 instalacji solarnych i 221 mikroinstalacji fotowoltaicznych w ramach programu „Budowa mikroinstalacji odnawialnych źródeł energii dla mieszkańców Gminy Włoszczowa”.

Izba ustaliła, że w Ofercie (według załącznika nr 1 do SIWZ) Odwołujący dla Części II projekt, dostawa i montaż 221 instalacji fotowoltaicznych:

- w punkcie 1. Instalacje fotowoltaiczne montowane na budynkach mieszkalnych - tabela w tym punkcie, w wierszach 1-7 podał: Producent / model: Panelu fotowoltaicznego: SunLink / SL280-20P Falownik: SAJ/Sununo PLUS 2K,
- w punkcie 2. Instalacje fotowoltaiczne montowane poza budynkami mieszkalnymi - tabela w tym punkcie, w wierszach 1-8 podał: Producent / model: Panelu fotowoltaicznego: SunLink /SL280-20P Falownik: SAJ/Sununo PLUS 2K.

Zamawiający pismem z 9 lipca 2019 roku wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do:

Zgodnie z SIWZ IDW rozdział 8 pkt 8.3.11.2 a) Zamawiający wymagał od Wykonawcy złożenia następujących dokumentów, dotyczących oferowanego panela fotowoltaicznego:

- certyfikat potwierdzający zgodność modułu PV z normą PN-EN 61215 lub z normą równoważną, wydany przez właściwą akredytowaną jednostkę certyfikującą (pkt. 8.3.11.2.a SIWZ IDW),
- karta techniczna oferowanego panelu fotowoltaicznego potwierdzająca spełnianie przez to urządzenie parametrów zawartych w OPZ dla tego urządzenia (pkt. 8.3.11.2.b SIWZ IDW). Zgodnie ze złożoną ofertą Wykonawca powinien przedstawić ww. dokumenty dotyczące panelu produkcji SunLink, model: SL280-20P.

Wykonawca, na wezwanie zamawiającego, przesłał drogą elektroniczną kartę katalogową dotyczącą paneli produkcji SunLink PV, model: SL220-20P o mocy 260-280 W oraz certyfikaty dotyczące paneli produkcji Jiangsu SunLink PV Technology Co., Ltd, modele: SL220-20Pxxx (xxx=210-295, w stopniach co 5), SL280-24Pxxx (xxx=255-355, w stopniach co 5).

Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów oferowanego panelu prod. SunLink, model: SL280-20P lub udzielenia wyjaśnień dotyczących ewentualnych niespójności pomiędzy oznaczeniami paneli fotowoltaicznych w uzupełnionych dokumentach w stosunku do złożonej oferty.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 15 lipca 2019 roku Odwołujący wyjaśnił, że w formularzu ofertowym nastąpiła omyłka pisarska nie mająca istotnego wpływu na ofertę, która dotyczy modelu panelu fotowoltaicznego. W ofercie podano model panelu SL280-20P, a powinno być SL220-20P. Wykonawca omyłkowo zamienił rozmiar panelu z jego mocą. Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca przedłożył poprawną kartę katalogową panelu fotowoltaicznego o mocy 280W i modelu SL220-20P280. W załączniku przekładamy kartę katalogową panelu.

W dniu 24 lipca 2019 roku, za pismem z dnia 23 lipca 2019, Zamawiający przekazał informację o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie Części II, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP tj. oferta jest niezgodna z ustawą, w związku z art. 84 ust. 1 ustawy PZP. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał, że:

Zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy PZP „Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę.”

Zgodnie ze złożoną ofertą Wykonawca zaoferował dostawę i montaż paneli fotowoltaicznych produkcji SunLink, model: SL280-20P.

Na wezwanie zamawiającego do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy PZP Wykonawca przesłał drogą elektroniczną kartę katalogową dotyczącą paneli produkcji SunLink PV, model: SL220-20P o mocy 260-280 W oraz certyfikaty dotyczące paneli produkcji Jiangsu SunLink PV Technology Co., Ltd, modele: SL220-20Pxxx (xxx=210-295, w stopniach co 5), SL280-24Pxxx (xxx=255-355, w stopniach co 5).

Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów oferowanego panelu prod.

SunLink, model: SL280-20P lub udzielenia wyjaśnień dotyczących ewentualnych niespójności pomiędzy oznaczeniami paneli fotowoltaicznych w uzupełnionych dokumentach w stosunku do złożonej oferty.

W piśmie z dnia 15.07.2019 Wykonawca wyjaśnił, że „w formularzu ofertowym nastąpiła omyłka pisarka nie mająca istotnego wpływu na ofertę, która dotyczy modelu panelu fotowoltaicznego. W ofercie podano model panelu SL280-20P, a powinno być SL220-20P. Wykonawca omyłkowo zamienił rozmiar panelu z jego mocą.”

Przez wzgląd na powyższe zamawiający uznał, iż nastąpiła zmiana treści złożonej przez Wykonawcę oferty, która nie może być traktowana jako oczywista omyłka pisarska nie mająca istotnego wpływu na ofertę, ponieważ:

1. Poprawa typu panelu nie jest oczywistą omyłką pisarską, nie mającą istotnego wpływu na ofertę, bo można jej dokonać na dwa sposoby, tj. przez wskazanie panelu typu SL220-20P albo SL280-24P. Istnieją dwa urządzenia tego samego producenta o zbliżonych nazwach. Tym samym nie jest oczywiste, jaki panel zaproponował zamawiającemu w ofercie Wykonawca.

2. Poprawa omyłki w ofercie może być dokonana wyłącznie przez samego zamawiającego, z jego własnej inicjatywy w trybie art. 87 ust. 2 Ustawy Pzp. Udzielenie zgody przez zamawiającego na zmianę treści oferty w jej istotnym elemencie z inicjatywy wykonawcy jest uznawane za niedopuszczalne negocjowanie treści oferty.

Tym samym zamawiający musiał uznać, iż Wykonawca zmienił treść swojej oferty po upływie terminu do składania ofert, co uchybia z art. 84 ust. 1 ustawy PZP. Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt. 1) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę niezgodną z ustawą. Mając powyższe na względzie zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy EkoEnergia Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (ul. Olszewskiego 6, 25 - 663 Kielce) złożoną w przedmiotowym postępowaniu w zakresie Części II.

Izba zważyła:

Izba wskazuje, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego było wskazane przez Zamawiającego naruszenie art. 89 ust. 1 ustawy w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy, bowiem Zamawiający uznał, że „Wykonawca zmienił treść swojej oferty po upływie terminu składania ofert, co uchybia art. 84 ust. 1 ustawy PZP”.

Zaznaczenia na wstępie wymaga w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze stanowi odrębne postępowanie od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego zarzuty postępowania odwoławczego dotyczą (Postanowienie Sądu Okręgowego w Bielsku - Białej z dnia 17 września 2013 roku sygn. akt II Ca 506/13). Celem postępowania odwoławczego jest ocena dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechać jakich Zamawiający się dopuścił w prowadzonej procedurze o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też ocenie w postępowaniu odwoławczym podlegają wskazane czynności Zamawiającego, które znajdują odzwierciedlenie w stanie faktycznym i podniesionych zarzutach odwołania.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy odrzucone w postępowaniu zostają oferty, które niezgodne są z ustawą. Tym samym w oparciu o ww. podstawę prawną odrzuca się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty naruszające przepisy ustawy lub przepisy wykonawcze do ustawy. W doktrynie przedmiotu podkreśla się, że oferta niezgodna z ustawą to taka, której złożenie narusza zasady prawa zamówień publicznych określone w art. 7 - 9 ustawy - jako niezgodną z ustawą wskazuje się ofertę częściową jeżeli Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych lub złożenie oferty na większą ilość części niż dopuścił to Zamawiający, ale również złożenie oferty w obcym języku, jeżeli postępowanie prowadzone jest w języku polskim.

Natomiast w oparciu o z art. 84 ust. 1 ustawy wykonawca składający w postępowaniu ofertę może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Z przepisu ustawy wynika w sposób jednoznaczny, że wycofać lub zmienić ofertę wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może jedynie przed upływem terminu składania ofert, a contrario - niemożliwa jest zmiana bądź wycofanie oferty po upływie terminu na składanie ofert. Czynności podejmowane po terminie składania ofert przez wykonawcę nie będą i nie mogą zatem być czynnościami ocenianymi w pryzmacie art. 84

ust. 1 ustawy, tym samym nie będą stanowiły zmiany bądź wycofania oferty w rozumieniu tego przepisu. To co na etapie przed składaniem ofert wskazane i dopuszczone jest przez ustawodawcę wycofanie czy zmiana oferty, które stanowi uprawnienie wykonawcy.

Natomiast po terminie składania oferty, zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy nie ma możliwości ich zmiany lub wycofania. Jednocześnie na fakt niemożliwości odniesienia przepisu art. 84 ust. 1 ustawy do oceny oferty po upływie terminu składania ofert świadczy chociażby niemożliwość wycofania oferty po tym terminie.

Izba zaznacza w tym miejscu, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Zamawiający obowiązany jest do poinformowania niezwłocznie wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty podając uzasadnienia faktyczne i prawne. Ten ustawowy obowiązek nałożony na Zamawiającego definiuje wszystkie elementy pisma jakie musi ono zawierać, w tym wskazanie uzasadnienia prawnego. W rozpoznawanej sprawie nie ma żadnych wątpliwości, co do wskazania podstawy prawnej wraz z uzasadnieniem prawnym odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zasadnie podniósł w uzasadnieniu odwołania brak wskazania przepisu ustawy, który naruszałaby oferta złożona przez Odwołującego, co jest warunkiem koniecznym dla uzasadnienia prawidłowości zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Wskazane przez Zamawiającego naruszenie art. 84 ust. 1 ustawy nie może uzasadniać, w tym stanie faktycznym sprawy, podniesionej podstawy prawnej (art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy) odrzucenia oferty Odwołującego.

W ocenie Izby stanowisko zaprezentowane w piśmie Zamawiającego, a odnoszące się do tego, że Zamawiający „uznał, że Odwołujący ustalił treść swojej oferty po terminie składania ofert przedstawiając Zamawiającemu kartę katalogową panelu SL220-20P i tym samym dokonał zmiany jej treści” nie jest prawidłowe. Wskazać bowiem należy, że Odwołujący nie może dokonać zmiany treści złożonej oferty po terminie składania ofert, a jedynie może dokonać wyjaśnienia treści złożonej oferty, które to wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, z wyjątkiem sytuacji opisanej w art. 87 ust. 2 ustawy (która stanowi wyjątek). Podlegając ocenie treść oferty stanowi również podstawę do określonych czynności Zamawiającego.

Zganie z Protokołem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w aktach sprawy), punkt 16, Zamawiający nie wzywał wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający dokonuje oceny treści oferty w swoim stanowisku powinien odnosić się właśnie do treści oferty złożonej przez wykonawcę w postępowaniu w terminie na jej złożenie. Zamawiający w uzasadnieniu swojego stanowiska odnosi się do „treści oferty” jednakże nie do tej podanej w ofercie lecz jako podstawę czynności wskazuje, treść oferty jaka została w ocenie Zamawiającego zmieniona po terminie składania ofert - tą „treść” oferty przyjmuje za podstawę dokonanej czynności, co jest nieprawidłowym działaniem. Tym samym przyjął Zamawiający, w sposób nieuprawniony jako podstawę oceny „treść” oferty, której w ofercie nie było, co prowadzi do wniosku, że w zasadzie nie dokonał oceny samej treści złożonej oferty (nawet jej nie wyjaśnił). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy, gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonane czynności były prawidłowe, przejrzyste i czytelne.

Mając na uwadze powyższą argumentację Izba uznała, że podniesione zarzuty naruszenia art. 84 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy są zasadne, bowiem zmiana treści oferty w trybie art. 84 ust. 1 ustawy po upływie terminu składania ofert nie jest ustawą przewidziana, a w efekcie w stanie faktycznym sprawy nie może prowadzić to do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Podkreślenia wymaga, że podstawą do czynności Zamawiającego jest treść złożonej oferty, która może być oceniana w kontekście pozyskanych informacji, jednakże zawsze ocenie musi podlegać to co zostało wskazane w ofercie i w odniesieniu do oferty, jej treści, podejmowane są czynności przez Zamawiającego. Istotnym również jest fakt, że podstawy odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały enumeratywnie wskazane w art. 89 ust. 1 ustawy. Dotkliwość tej czynności dla wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu odrzucenia oferty w postępowaniu wymaga prawidłowego i jednoznacznego wykazania prawidłowych podstaw faktycznych i prawnych.

Odnośnie wskazanego w odwołaniu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Izba zarzut ten uwzględniła z uwagi na brak uzasadnienia Zamawiającego w odniesieniu do ustawowych przesłanek wskazanych w tych przepisach, przy jednoczesnym podaniu

w piśmie z dnia 23 lipca 2019 roku stanowiska Zamawiającego, które nie referuje z ww. przepisami.

Izba zaznacza, że na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy 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 - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Tym samym zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Zamawiający poprawia oczywiste omyłki

pisarskie - oczywista omyłka pisarska o jakiej jest mowa w tym przepisie jest widoczna prima face, rzuca się w oczy każdemu, stanowi w szczególności przypadkową niedokładność. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Co oznacza, że przepisy ustawy, których naruszenie wskazywał Odwołujący, kwalifikują omyłkę jako oczywistą omyłkę pisarską albo jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SWIZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Na uwagę zasługuje fakt, że uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy - jest to szczególna sytuacja, która oceniana musi być ściśle wedle obowiązujących przepisów. Przy czym, każdy z rodzajów omyłek jakie zgodnie z ustawą mogą być poprawione został zdefiniowany przez ustawodawcę. Natomiast Zamawiający wskazał: oczywista omyłka pisarska nie mająca istotnego wpływu na ofertę - obowiązujące przepisy ustawy nie znają takiego rodzaju omyłki do jakiego referuje Zamawiający w uzasadnieniu swojego stanowiska zawartego w piśmie z dnia 23 lipca 2019 roku. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać aby Zamawiający przeprowadził prawidłową procedurę oceny spełnienia przesłanek z art. 87 ust. 2 ustawy, nie można uznać, że Zamawiający w ogóle taką procedurę przeprowadził w skutek tego, że odwołuje się on w swoim stanowisku do nieistniejącej w przepisach omyłki.

Izba podkreśla, że uwzględniając ten zarzut, uwzględniła go w tym zakresie jaki wymaga przeprowadzenia badania oferty Odwołującego w przyzmacie przesłanek określonych odpowiednio w ww. przepisach ustawy, bowiem na Zamawiającym ciąży obowiązek sprawdzenia czy taka możliwość istnieje, obowiązek należytego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Izba stwierdziła również, że niemożliwa jest na tym etapie ocena czynności Zamawiającego co do możliwości czy też niemożliwości dokonania poprawy omyłek w ofercie Odwołującego, bowiem w świetle informacji jakie zostały przedstawione w piśmie z dnia 23 lipca 2019 roku Zamawiający nie przeprowadził czynności przy uwzględnieniu przesłanek ustawowych z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, ale dokonał jakiegoś bliżej niedookreślonego badania w przyzmacie przesłanek nieznanych ustawie. Tym samym Izba stwierdza, że w obliczu powyższego, na tym etapie należy uznać, że Zamawiający powinien przeprowadzić czynności zgodnie z przesłankami ww. przepisów i dopiero taka czynność będzie mogła być badana w kontekście prawidłowości czy też nieprawidłowości jej przeprowadzenia. W obecnym stanie Izba uznała, że Zamawiający nie przeprowadził badania oferty Odwołującego w przyzmacie przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy. Stanowisko Zamawiającego jakie wyraził one w piśmie z dnia 12 sierpnia 2019 roku nie może stanowić uzupełnienia stanowiska wyrażonego w piśmie z dnia 23 lipca 2019 roku.

Izba mając na względzie powyżej przedstawioną argumentację w odniesieniu do rozpoznania zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 ustawy w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy oraz naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy uznała, że bez znaczenia dla rozpoznania tych zarzutów pozostają przedstawione przez Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego dowody (dowód nr 1-3 i 5) złożone na rozprawie.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 2 pkt 7a ustawy Izba podnosi, że przepis ten podaje definicję ustawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która to definicja określa ramy czasowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz cel procedur przewidzianych w ustawie, gdyż ustala czynności rozpoczynające oraz kończące postępowanie. Izba zarzutu opartego na tej podstawie nie uwzględniła, bowiem po pierwsze, w ocenie Izby budowanie zarzutu w oparciu o definicje (słowniczek)

ustawy nie określa naruszenia żadnego zachowania, nie zobowiązuje do żadnego działania czy zaniechania działania po żadnej ze stron postępowania. Po drugie, jest to budowanie zarzutu w oparciu o przepis informacyjny określający w tym przypadku zakres czasowy i przedmiotowy postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnoszona przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania argumentacja skupia się na celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy z ofertą najkorzystniejsza, tj. ofertą Odwołującego, która nie może być przesłonięta zbytnim formalizmem w działaniach Zamawiającego. W ocenie Izby nie sposób zgodzić się z tym stanowiskiem, bowiem działania Zamawiającego jakie ma podejmować w postępowaniu zdefiniowane są ustawą i Zamawiający nie może od nich odstępować. Niezasadnym jest również negowanie ustawowo określonego formalizmu w postępowaniu Zamawiającego celem wyboru danej oferty. Działania Zamawiającego muszą być oceniane wedle zasad określonych ustawą i tą ustawą sformalizowanych.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 65 § 1 Kc Izba uznała zarzut za niezasadny. Izba podziela argumentację Zamawiającego co do tego, że poprawa ewentualnych omyłek w złożonej ofercie może dokonana zostać jedynie na podstawie art. 87 ust.2 ustawy, w odniesieniu do omyłek w treści oferty nie mają zastosowania inne przepisy, w tym wskazywane przez Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że nienaruszalność treści złożonej oferty jest zasadą zamówień publicznych, natomiast w wyjątkowych określonych tylko ustawą okolicznościach może nastąpić poprawa omyłek, które to omyłki muszą zostać ocenione w pryzmacie przesłanej z art. 87 ust. 2 ustawy. Podkreślenia wymaga, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu - obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. W obliczu tego choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest

doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzić do stosowania w przez Zamawiającego zasad nieokreślonych ustawą. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że przestrzeganie obowiązujących regulacji daje gwarancję wszystkim uczestnikom rynku zamówień publicznych niezależnie od pozycji w jakiej się znajdują. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SWIZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę przy stosowaniu regulacji nieokreślonych ustawą.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, mając na uwadze istotność uwzględnionego zarzutu, na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika. Izba nie zasądziła kosztów dojazdu na rozprawę w kwocie 608,46 zł przedstawionej w fakturze nr 157/19. Zgodnie z ww. rozporządzeniem § 3 pkt 2 koszty zasądza się stronie na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy. Na podstawie Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz.U. Nr 165, poz. 1373 ze zmianami) - § 14 Rachunek potwierdzający dokonanie sprzedaży lub wykonanie usługi zawiera między innymi określenie rodzaju i ilości towarów lub wykonanych usług oraz ich ceny jednostkowe. Kwotę stanowiącą koszty przejazdu, wskazaną w rachunku (ewentualnie

fakturze) zasądza się z uwzględnieniem Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz.U. Nr 27, poz. 271 ze zmianami), gdzie w § 2 Koszty używania pojazdów do celów służbowych pokrywa pracodawca według stawek za 1 kilometr przebiegu pojazdu, które nie mogą być wyższe niż: 1) dla samochodu osobowego: a) o pojemności skokowej silnika do 900 cm³ - 0,5214 zł, b) o pojemności skokowej silnika powyżej 900 cm³ - 0,8358 zł, 2) dla motocykla - 0,2302 zł, 3) dla motoroweru - 0,1382 zł. Zaznaczyć należy, że zasądzenie kosztu dojazdu samochodem uzależniony jest od wskazania w rachunku (fakturze) pojemności skokowej silnika. Brak podania wszystkich wymaganych obowiązującymi przepisami informacji uniemożliwia zasądzenie kosztów przejazdu na rozprawę.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: