

WYROK

z dnia 18 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 17 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2017 r. przez Wykonawcę **Konsorcjum: Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. 26-609 Radom, ul. Malczewskiego 24, Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Urządzeń Mechanicznych „OBRUM” Sp. z o.o. 44-100 Gliwice, ul. Toszecka 102**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia 00-909 Warszawa, ul. Królewska 1/7**

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia 05-220 Zielonka, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7; Autocomp Management Sp. z o.o. 71-627 Szczecin, ul. 1 Maja 36**, zgłaszających swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę **Konsorcjum: Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia 05-220 Zielonka, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7; Autocomp Management Sp. z o.o. 71-627 Szczecin, ul. 1 Maja 36**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Konsorcjum: Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. 26-609 Radom, ul. Malczewskiego 24, Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Urządzeń Mechanicznych „OBRUM” Sp. z o.o. 44-100 Gliwice, ul. Toszecka 102** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Wykonawcy **Konsorcjum: Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia 05-220 Zielonka, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7; Autocomp Management Sp. z o.o. 71-627 Szczecin, ul. 1 Maja 36** na rzecz Wykonawcy **Konsorcjum: Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. 26-609 Radom, ul. Malczewskiego 24, Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Urządzeń Mechanicznych „OBRUM” Sp. z o.o. 44-100 Gliwice, ul. Toszecka 102** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający: **Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia 00-909 Warszawa, ul. Królewska 1/7** prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa „*Wirtualnego systemu taktycznego pola walki*” nr post. IU/61/X-36/ZO/POOiB/DOS/SS/2016 (dalej „Postępowanie” lub „Zamówienie”).

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP. Postępowanie ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/ S 072-125934 z dnia 13 kwietnia 2016 r., następnie zmienione Ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/ S 092-164737 z dnia 13 maja 2016 r.

W dniu 21 września 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wybierając ofertę Konsorcjum: Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia 05-220 Zielonka, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7; Autocomp Management Sp. z o.o. 71-627 Szczecin, ul. 1 Maja 36, informując o tym Wykonawców.

Odwołujący: **Konsorcjum Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. 26-609 Radom, ul. Malczewskiego 24, Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Urządzeń Mechanicznych „OBRUM” Sp. z o.o. 44-100 Gliwice, ul. Toszecka 102** wniósł, w dniu 2 października 2017 r., odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na zaniechaniu odrzucenia oraz wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia 05-220 Zielonka, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7; Autocomp Management Sp. z o.o. 71-627 Szczecin, ul. 1 Maja 36 (bezpośredni wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, podpisane przez osoby upoważnione - dwóch członków zarządu ujawnionych w odpisie z KRS Pełnomocnika Konsorcjum - Polska Grupa Zbrojeniowa S.A., odpis z KRS załączony do odwołania; pełnomocnictwo udzielone spółce Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. podpisane przez osoby upoważnione - dwóch członków zarządu ujawnionych w odpisie z KRS, odpis z KRS załączony do odwołania).

3

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) – dalej ustawa Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia 05-220 Zielonka, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7; Autocomp Management Sp. z o.o. 71-627 Szczecin, ul. 1 Maja 36 mimo, iż jej treść jest sprzeczna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), z uwagi na złożenie oferty na warunkach umownych odmiennych od przewidzianych przez Zamawiającego;
- 2) art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie Konsorcjum Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia 05-220 Zielonka, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7; Autocomp Management Sp. z o.o. 71-627 Szczecin, ul. 1 Maja 36 do wyjaśnienia treści oferty pomimo, że zakres niezgodności oferty z postanowieniami SIWZ był tak szeroki, że aby oferta była zgodna z postanowieniami SIWZ konieczna była jej zmiana, a także poprzez uwzględnienie stanowiska tego Wykonawcy, iż niezgodność oferty z postanowieniami SIWZ stanowi omyłkę, która może być poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców z uwagi na wybiórcze traktowanie postanowień i wymogów SIWZ.

Odwołujący wniósł, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Uzasadniając zarzuty odwołania oraz swoje żądania Odwołujący wskazał, co następuje:

Zgodnie z pkt 10 Załącznika nr 2 do SIWZ, stanowiącego Formularz ofertowy, Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia był zobowiązany do złożenia oświadczenia o treści:

„10. Oświadczamy, że projekt umowy i zawarte w nim warunki płatności, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ został przez nas zaakceptowany w całości”, tymczasem oferta wybranego Wykonawcy zawierała oświadczenie o treści: „10. Oświadczamy, że projekt umowy i zawarte w nim warunki płatności, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ został przez

4

nas zaakceptowany z załączonym Protokołem rozbieżności do umowy (załącznik nr 3)”.

Wskazuje, że treść złożonego oświadczenia jest ewidentnie niezgodna z treścią wskazanego zapisu SIWZ. Świadczy to o tym, iż wolą wybranego Konsorcjum było złożenie oferty o treści odmiennej od wymaganej postanowieniami Zamawiającego, zawartymi we wzorze umowy stanowiącym integralną część SIWZ. Wskazany w treści oświadczenia protokół pokazuje szeroki zakres zmian w umowie, liczy on 8 stron i zawiera zmiany 19 zapisów umowy stanowiącej integralną część SIWZ. Zmiany te dotyczą tak istotnych warunków umowy jak: przedmiotu umowy (pkt. 1); obwarowania obowiązków Zamawiającego terminami (pkt. 2 - 4 i 18); ograniczenia czasu za jaki Zamawiający ma prawo do naliczenia kary umownej (pkt. 6 - 7); ograniczenia zakresu uprawnień Zamawiającego z tytułu gwarancji dodatkowym warunkiem (pkt. 8); zmiany zasad naliczania kar umownych (pkt 9 -10) poprzez: zastąpienie opóźnienia zwłoką, wyłączenie z zakresu odpowiedzialności okoliczności niebędących po stronie Zamawiającego; warunkowania prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy minimum 14-dniową zwłoką Konsorcjum oraz wyznaczeniem terminu dodatkowego (pkt 11 - 12); ograniczenia uprawnień Zamawiającego z tytułu licencji do terenu Polski (pkt. 13); ograniczenia prawa Zamawiającego do korzystania z wiedzy technicznej, organizacyjnej i innej zawartej w przekazanych przez Konsorcjum do jej wykorzystania wyłącznie „w związku z przedmiotem umowy”. Odwołujący wskazuje, że oferta taka, opierając się na zmodyfikowanych postanowieniach umownych, nie może być porównywalna do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 08 września 2017 r., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w zakresie złożonego oświadczenia. Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego Wykonawca powołał się na treść Formularza ofertowego tj. pkt. 1 - zobowiązanie do dostarczenia przedmiotu umowy zgodnego z SIWZ, pkt 11 - akceptacja warunków zamówienia określonych w SIWZ i 12 - zobowiązanie do zawarcia umowy na określonych w niej warunkach. Nadto Wykonawca wskazał, że zastrzeżenie z pkt. 10 „nie stanowi warunku i nie limituje oferty Konsorcjum, która jako oświadczenie woli jest stanowcza i zgodnie z jej treścią bezwarunkowa”. W konkluzji wyjaśnień Wykonawca wskazał, iż opisana niezgodność oferty z SIWZ winna być poprawiona przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako omyłka.

Odwołujący wskazuje, że treść oświadczenia Wykonawcy stanowi dodatkowe uzasadnienie dla odrzucenia oferty. Po pierwsze oświadczając, że zastrzeżenie z pkt 10 nie stanowi warunku, Konsorcjum pragnie zmienić treść oferty, albowiem brzmienie pkt 10 w sposób jednoznaczny wskazuje, że oferta taki warunek zawierała, co wynika z użycia sformułowania o protokole rozbieżności. Zdaniem Odwołującego stwierdzenie, iż zastrzeżenie zawarte w Protokole rozbieżności jest omyłką, jest nieprawdziwe bowiem wyraźną wolą Wykonawcy

5

było złożenie oferty na innych warunkach, co w istocie poprzez dokonane zmiany w warunkach umowy uczyniło. W ocenie Odwołującego zakres odstępstw oferty wybranego Wykonawcy od postanowień SIWZ był tak duży, iż Zamawiający w ogóle nie powinien wzywać go do wyjaśnienia treści oferty, albowiem ewentualne doprowadzenie oferty do stanu zgodnego z SIWZ wymagało ewidentnie zmiany jej treści, co potwierdza treść pisma

Konsorcjum z dnia 13 września 2017 r., która taką zmianę niewątpliwie stanowi. Nadto zwraca uwagę, że zastosowanie w przedmiotowym przypadku art. 87 ust. 1 ustawy Pzp prowadzi w istocie do negocjowania treści oferty, co jest sprzeczne z literalną treścią tego przepisu. Podnosi, że oświadczenie woli złożone przez wybranego Wykonawcę nie jest możliwe do konwalidowania w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej. Dodatkowo, jego zdaniem, w zakresie złożonej oferty nie znajduje zastosowania także art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Celem tego przepisu jest bowiem udzielenie zamówienia Wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucana byłaby oferta gwarantująca realizację zamówienia zgodnie z SIWZ.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia ani z nieistotną omyłką ani opuszczeniem, wręcz przeciwnie, działanie Konsorcjum było celową zmianą w stosunku do wymogów Zamawiającego. Pożądane przez Konsorcjum zmiany w treści umowy w sprawie zamówienia publicznego były możliwe do osiągnięcia w trybie udzielania wyjaśnień do treści SIWZ, przewidzianych w art. 38 ustawy Pzp.

Tym samym Odwołujący wskazuje, że oferta wybranego Wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, nie może bowiem zostać w żaden sposób konwalidowana, gdyż w swej istocie oświadczenie woli Konsorcjum nie pokrywa się z potrzebą Zamawiającego wyrażoną w SIWZ, czego nie zmieniają ogólne zapewnienia z pkt 11 i 12 Formularza ofertowego. Tymczasem Zamawiający uznał, w ślad za stanowiskiem Konsorcjum wyrażonym w piśmie z dnia 13 września 2017 r., że oferta ta może być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przywołuje wyroki Sądów Okręgowych oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił w dniu 5 października 2017 r. Wykonawca: **Konsorcjum Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia 05-220 Zielonka, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7; Autocomp Management Sp. z o.o. 71-627 Szczecin, ul. 1 Maja 36** (bezpośredni wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, podpisane przez pełnomocnika Konsorcjum r. pr. A. S. – upoważnioną do reprezentowania Konsorcjum na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 października 2017 r. - podpisane przez pełnomocnika Konsorcjum Wojskowy

6

Instytut Techniczny Uzbrojenia; pełnomocnictwo dla Wojskowego Instytutu Technicznego Uzbrojenia podpisane przez osobę upoważnioną – prezesa zarządu ujawnionego w KRS, odpis z KRS załączony do odwołania). Przystąpienie zostało złożone w terminie, bowiem informacja o wniesieniu odwołania została przesłana przez Zamawiającego w dniu 2 października 2017 r.

Zamawiający w piśmie wniesionym do akt sprawy fax-em w dniu 10 października 2017 r., przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 17 października 2017 r. (następnie złożone w formie pisemnej – wpływ bezpośredni do Prezesa KIO w dniu 12 października 2017 r.), uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu deklarując, iż uwzględni odwołanie, unieważni czynność badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i powtórzy badanie i ocenę ofert.

W dniu 11 października 2017 r. przystępujący po stronie Zamawiającego Wykonawca: Konsorcjum Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia 05-220 Zielonka, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7; Autocomp Management Sp. z o.o. 71-627 Szczecin, ul. 1 Maja 36, został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów Zamawiającego. W dniu 13 października 2017 r. Wykonawca złożył do akt sprawy oświadczenie (potwierdzone w formie pisemnej w dniu 17 października 2017 r.) informując, iż na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (oświadczenie w tym przedmiocie złożył pełnomocnik ustanowiony w sprawie r. pr. A. K. – upoważniona do reprezentowania Konsorcjum na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 października 2017 r. - podpisane przez pełnomocnika Konsorcjum Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia). Jednocześnie w dniu 17 października 2017 r., przed otwarciem posiedzenia, złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania podnosząc, że w swojej ofercie w kilku punktach zaakceptował w całości postanowienia SIWZ, wraz z załącznikami, w tym projekt umowy. Interpretacja oświadczenia, które zawarł w pkt 10 winna być, jego zdaniem, dokonywana z uwzględnieniem całokształtu postanowień oferty. Ponadto stwierdził, iż restrykcyjno-sankcyjny charakter przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pozwala Zamawiającemu na odrzucenie oferty wyłącznie w sytuacji, gdy niezgodność oferty z SIWZ nie budzi najmniejszych wątpliwości, co nie ma miejsca w niniejszej sprawie.

7

Izba, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ,

ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego: Konsorcjum Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia 05-220 Zielonka, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7; Autocomp Management Sp. z o.o. 71-627 Szczecin, ul. 1 Maja 36, treścią wezwania Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 8 września 2017 r. kierowanego do Przystępującego, odpowiedziami na nie Przystępującego – z dnia 8 września 2017 r. (przesłane fax-em) oraz pismo z dnia 13 września 2017 r. oraz treścią pisma pełnomocnika Przystępującego z dnia 17 października 2017 r., po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, oferty złożonej w postępowaniu przez Wykonawcę: Konsorcjum Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia 05-220 Zielonka, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7; Autocomp Management Sp. z o.o. 71-627 Szczecin, ul. 1 Maja 36, jak również treść korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym, dotyczącej wyjaśnienia treści oferty Przystępującego, wzięła również pod uwagę stanowisko Przystępującego, zawarte w piśmie procesowym z dnia 17 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Niniejsze postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Postępowanie zostało wszczęte przed nowelizacją ustawy Pzp, wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020). Zgodnie z jej art. 16 ust. 1 do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. Tym samym do niniejszego postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy przed nowelizacją. 8

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w kwestionowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzutów i naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty Wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. Oferta Odwołującego uzyskała drugie miejsce, biorąc pod uwagę punktację przyznaną przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadził postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa „*Wirtualnego systemu taktycznego pola walki*” nr post. IU/61/X-36/ZO/POOiB/DOS/SS/2016 (dalej „Postępowanie” lub „Zamówienie”).

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP. Postępowanie ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/ S 072-125934 z dnia 13 kwietnia 2016 r., następnie zmienione Ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/ S 092-164737 z dnia 13 maja 2016 r.

Zamawiający w dniu 23 grudnia 2016 r. przekazał zaproszenie do złożenia oferty pięciu Wykonawcom, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu, przekazując jednocześnie SIWZ. W pkt 8 SIWZ zatytułowanym *Opis sposobu przygotowania ofert* zawarł wymagania co do treści i sposobu złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, w tym w ppkt. 8.2. zapisał między innymi, że *Wykonawca może złożyć ofertę na własnych formularzach, których treść musi odpowiadać treści formularzy przekazanych przez Zamawiającego do Wykonawcy stanowiących załączniki do SIWZ*. Jednocześnie przekazał Wykonawcom wzór Formularza oferty – załącznik nr 3 do SIWZ. W jego treści zawarł między innymi szereg oświadczeń, w tym: zobowiązanie do dostarczenia przedmiotu zamówienia zgodnie z

wymaganiami SIWZ (pkt 1), dotyczące akceptacji przez Wykonawcę projektu umowy (pkt 10), dotyczące akceptacji wszystkich warunków zamówienia i SIWZ (pkt 11), zobowiązanie do zawarcia umowy na określonych w niej warunkach, w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego (pkt 13). Wykonawca zobowiązany został do złożenia (i podpisania) Formularza ofertowego zawierającego wszystkie ww. oświadczenia. Ponadto w pkt 14 *Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w 9*

sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od Wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach, w ppkt 14.1. wskazał, iż Istotne dla stron postanowienia umowy przedstawiono w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 2 do niniejszej SIWZ. Jednocześnie do SIWZ załączył Projekt umowy (wymieniony w treści SIWZ jako załącznik nr 2).

Przystępujący, składając ofertę, zmodyfikował treść Formularza ofertowego w pkt 10, zastępując treść: *10. Oświadczamy, że projekt umowy i zawarte w nim warunki płatności, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ został przez nas zaakceptowany w całości* następującym oświadczeniem: *10. Oświadczamy, że projekt umowy i zawarte w nim warunki płatności, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ został przez nas zaakceptowany z załączonym Protokołem rozbieżności do umowy (załącznik nr 3).* Jednocześnie do niniejszego formularza załączył *Protokół rozbieżności do umowy*, zawierający uwagi (propozycje zmiany) jej treści (19 punktów). Zmiany te dotyczyły: przedmiotu umowy (pkt 1), obwarowania obowiązków Zamawiającego terminami (pkt 2 – 4 i 17 – 18), konieczności zawierania odrębnych umów w okresie eksploatacji przedmiotu umowy (pkt 5), ograniczenia czasu za jaki Zamawiający ma prawo naliczenia kary umownej (pkt 6 – 7), ograniczenia zakresu uprawnień Zamawiającego z tytułu gwarancji dodatkowym warunkiem (pkt 8), zmian co do zasad naliczania kar umownych (pkt 9 – 10), warunkowania prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy (pkt 11 – 12), ograniczenia uprawnień Zamawiającego z tytułu licencji do terenu Polski (pkt 13), ograniczenia prawa Zamawiającego do korzystania z wiedzy technicznej, organizacyjnej i innej zawartej w przekazanych Zamawiającemu dokumentach wyłącznie do tej, która będzie wykorzystywana w związku z przedmiotem umowy (pkt 14), zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy – rozszerzenie o dodatkowe okoliczności (pkt 15), konsekwencji w przypadku zmniejszenia ilości osób, które zostaną przeszkolone (pkt 16) oraz ilości przeszkolonych osób (pkt 19).

Zamawiający, w związku z modyfikacją treści Formularza oferty, wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, *w zakresie pkt 10 oferty, ... z załączonym „Protokołem rozbieżności do umowy” (załącznik nr 3).* W odpowiedzi na powyższe Przystępujący przesłał w dniu 8 września 2017 r. odpowiedź fax-em (następnie potwierdzona pismem z dnia 13 października 2017 r.), w której wyjaśnił, że *zgodnie z intencją Konsorcjum oraz przedłożonymi dokumentami treść oferty Konsorcjum odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.* Wskazał ponadto, że *Załącznik nr 3 do oferty stanowi jedynie dodatkowy, niewymagany przez Zamawiającego dokument (niestanowiący treści oferty), zawierający propozycję co do drobnych, nieistotnych doprecyzowań treści umowy, możliwych do dokonania na podstawie*

10

art. 144 Prawa zamówień publicznych po zawarciu umowy. W podsumowaniu swojego stanowiska stwierdza, iż oświadczenie złożone w pkt 10 Zamawiający może potraktować w kategorii omyłki i poprawić, na podstawie art. 87 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zmianę treści pkt 10, przywracając jego treść pierwotną. W dniu 21 września 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

wybierając ofertę Przystępującego Konsorcjum: Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia 05-220 Zielonka, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7; Autocomp Management Sp. z o.o. 71-627 Szczecin, ul. 1 Maja 36, informując o tym Wykonawców.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący: Konsorcjum Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. 26-609 Radom, ul. Małczewskiego 24, Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Urządzeń Mechanicznych „OBRUM” Sp. z o.o. 44-100 Gliwice, ul. Toszecka 102 wnosząc, w dniu 2 października 2017 r., odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na zaniechaniu odrzucenia oraz wyborze oferty złożonej przez Przystępującego.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie przepisów ustawy Pzp: art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty pomimo, że zakres niezgodności oferty z postanowieniami SIWZ był tak szeroki, że aby oferta była zgodna z postanowieniami SIWZ konieczna była jej zmiana, a także poprzez uwzględnienie stanowiska tego Wykonawcy, iż niezgodność oferty stanowi omyłkę, która może być poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, iż jej treść jest sprzeczna z treścią dalej SIWZ z uwagi na złożenie oferty na warunkach umownych odmiennych od przewidzianych przez Zamawiającego oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców z uwagi na wybiórcze traktowanie postanowień i wymogów SIWZ. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił w dniu 5 października 2017 r. Wykonawca: Konsorcjum Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia 05-220 Zielonka, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7; Autocomp Management Sp. z o.o. 71-627 Szczecin, ul. 1 Maja 36. Zamawiający w dniu 10 października 2017 r., przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 17 października 2017 r., uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu deklarując, iż uwzględni odwołanie, unieważni czynność badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i powtórzy badanie i ocenę ofert. W dniu 11 października 2017 r. przystępujący po stronie Zamawiającego Wykonawca: Konsorcjum Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia 05-220 Zielonka, ul. Prymasa Stefana Wyszyńskiego 7; Autocomp Management Sp. z o.o.

11

71-627 Szczecin, ul. 1 Maja 36, został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego. W dniu 13 października 2017 r. Wykonawca złożył do akt sprawy oświadczenie informując, iż na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Na rozprawie strony postępowania odwoławczego podtrzymały swoje stanowiska.

Odwolujący podkreślił, że Przystępujący dokonał samowolnie zmiany w pkt 10 Formularza oferty co, jego zdaniem, dowodzi niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wskazuje, że Przystępujący zmienił swoje oświadczenie woli, proponując zmiany w treści umowy. Załącznik nr 3 – Protokół rozbieżności, załączony przez Przystępującego do Formularza oferty modyfikował w szerokim zakresie postanowienia umowy, w tym tak istotne elementy jak np. gwarancja, która była kryterium oceny ofert. Zdaniem odwołującego propozycje zmian świadczyły o wyraźnej woli Przystępującego co do dokonania zmian w treści złożonej oferty. Nie widzi też podstaw dla twierdzenia, że była to jedynie propozycja Przystępującego, jego celem było bowiem zawarcie umowy w zaproponowanych zmianami. Odnosił się do stanowiska zaprezentowanego w piśmie pełnomocnika Przystępującego z dnia 17 października 2017 r. wskazując na treść art. 68 kodeksu cywilnego i podnosząc, iż zmiana oświadczenia woli Przystępującego w toku postępowania stanowiła de facto nową ofertę.

W Formularzu ofertowym Przystępujący z jednej strony oświadczył, że akceptuje treść SIWZ, z drugiej zaproponował istotne zmiany w postaci Protokołu rozbieżności. Również oświadczenia Przystępującego, czy to z dnia 8 września 2017 r. czy to z dnia 13 września 2017 r., stanowią nową ofertę. Wskazywał, iż w piśmie z dnia 13 września 2017 r. Przystępujący podnosił, iż zmiany przez niego proponowane mogłyby być wprowadzone do treści zawartej przez strony umowy w trybie art. 144 ustawy Pzp, chociaż w §18 Wzoru umowy Zamawiający nie przewidział możliwości dokonania zmian w takim zakresie, w jakim proponuje

to Przystępujący. Podnosił także, iż Przystępujący miał możliwość zgłoszenia zmian umowy na etapie Zamawiającemu propozycji zakresie prowadzonego postępowania, czego nie uczynił.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w zakresie uwzględnienia odwołania w całości.

12

Przystępujący wskazał, iż w swoim Formularzu oferty złożył oświadczenia w 4 różnych punktach, w których wyraził wolę zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ. Co do interpretacji zdania 1 w pkt 10 Formularza oferty stanął na stanowisku, że należy je czytać w kontekście innych oświadczeń złożonych w Formularzu oferty. Protokół rozbieżności załączony do tego formularza wyrażał tylko sugestie doprecyzowań treści istotnych postanowień umowy w sytuacji, gdyby oferta Przystępującego została wybrana w niniejszym postępowaniu. Podnosi, że Zamawiający załączył do SIWZ istotne postanowienia umowy (nie Wzór umowy), co należało rozumieć w ten sposób, że sama umowa zawierana po wyborze oferty miałaby znacznie szerszą treść i mogłaby być również zmodyfikowana. W Protokole rozbieżności do umowy Przystępujący zaproponował postanowienia mające głównie charakter porządkowy i uzupełniający, w kwestii kar umownych natomiast zasugerował Zamawiającemu zmianę treści umowy mając na uwadze najnowsze orzecznictwo SN i chęć dostosowania postanowień umownych do bieżącego orzecznictwa. Podkreślił również, że Zamawiający zwrócił się do niego o wyjaśnienie treści jego oferty, stąd na obecnym etapie nie powinno być wątpliwości co do intencji Przystępującego.

Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:

Zarzuty zawarte w odwołaniu zasługiwały na uwzględnienie. Na wstępie należy zauważyć, iż zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Pojęcia „treść oferty” oraz „treść SIWZ” odnoszą się do ich merytorycznego aspektu. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść SIWZ to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie Wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez Wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Treść świadczenia oferowanego przez Wykonawcę w ofercie musi odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom Zamawiającego. Porównanie wymagań opisanych w SIWZ (zarówno co do zakresu świadczenia, warunków jego realizacji, jak też innych elementów istotnych dla jego wykonania) z treścią oferowanego przez Wykonawcę przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ i stanowi podstawę oceny do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

13

Reasumując powyższe, można generalnie uznać, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie deklaruje Wykonawca (w ofercie Przystępującego będzie to zastrzeżenie, że projekt umowy i zawarte w nim warunki płatności, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ został przez niego zaakceptowany z załączonym Protokołem rozbieżności, w którym to protokole opisał szeroki zakres oczekiwanych przez niego zmian) i przez jej złożenie przyjmuje na siebie, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje Zamawiający, a które opisał szczegółowo w SIWZ (Zamawiający w SIWZ sprecyzował wymaganie, iż treść zobowiązania Wykonawcy zawarta w treści Formularza oferty winna być zgodna z załączonym wzorem oraz przekazał Wykonawcom projekt umowy, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ).

W doktrynie i orzecznictwie utrwalili się również poglądy, iż rozumienie terminu „Oferta” należy opierać na treści art. 66 §1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, nieodzownym elementem każdej oferty będzie cena za jaką Wykonawca zobowiązuje się zrealizować dane zamówienie. Pozostała treść oferty wynika z opisu SIWZ, w którym to dokumencie Zamawiający określa wymagany od Wykonawcy zakres świadczenia, precyzuje warunki na jakich zostanie zawarta umowa, a także określa sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie stanowił podstawę dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami SIWZ. W rezultacie nie tylko sama treść oferty, ale też nieskonkretyzowanie jej treści czy to poprzez brak określonego zobowiązania czy też poprzez zawarcie w treści

zobowiązania sprzecznych ze sobą deklaracji w tym zakresie, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Niedopuszczalnym jest bowiem, w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, doprecyzowywanie i poprawianie treści oferty, w szczególności z uwagi na naczelne zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – równego traktowania Wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie zawsze będzie stanowiło podstawę do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odsyła wprost do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odrzuceniu polega zatem taka oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, a jej treści nie da się poprawić, bowiem prowadziłyby to do wprowadzenia istotnych zmian. Ustawodawca określił zatem granicę ingerencji Zamawiającego w treść oferty, dodatkowo nakazując poinformowanie Wykonawcy o fakcie dokonania poprawek (z sankcją odrzucenia oferty Wykonawcy w przypadku, gdy ten

14

nie wyraził w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia, zgody na poprawienie omyłki – art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Pozostaje zatem kwestią kluczową w jakich sytuacjach Zamawiający będzie uprawniony do skorygowania stwierdzonych w treści oferty niezgodności i jakie są granice modyfikacji treści oświadczenia woli Wykonawcy. W tej kwestii należy zauważyć, iż intencją ustawodawcy, wprowadzając aktualną treść przepisu

art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, było usunięcie zbędnego formalizmu występującego na gruncie przepisów ustawy Pzp, skutkującego odrzucaniu ofert w których występowały drobne omyłki czy niezgodności. Jak czytamy w uzasadnieniu do ustawy z 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego.*

W odniesieniu do poprawek dokonywanych w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest zatem bezsporne, że chociaż przepis dopuszcza ingerencję w treść oświadczenia woli składanego przez Wykonawcę, to ingerencja ta nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. O istotności zmiany każdorazowo decydują natomiast okoliczności konkretnej sprawy. Należy rozważyć zatem, na ile dokonana zmiana oddaje pierwotny sens treści oferty, na ile natomiast stanowi taką modyfikację oświadczenia woli Wykonawcy, że w wyniku poprawienia przez Zamawiającego powstanie całkowicie nowe oświadczenie, odmienne od złożonego pierwotnie w stopniu nakazującym uznać, że Wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawieniu ofercie. Wprawdzie inaczej niż jest to uregulowane w art. 87 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, omyłka o której mowa w pkt 3 omawianego ustępu nie musi mieć charakteru „oczywistego”, dopuszcza się zatem poprawienie omyłek takiego charakteru nie mających,

15

byłoby poprawa ich nie powodowała istotnej zmiany treści oferty. Jeśli dokonana zmiana miałaby taki charakter – dokonanie poprawek w ofercie jest niedozwolone.

Odnosząc się natomiast do możliwości zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, należy zauważyć, że ustawodawca określił granice takiego żądania, wskutek udzielenia wyjaśnień nie jest bowiem możliwe dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty Wykonawcy, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 tego przepisu. Tym samym możliwa

byłaby jedynie taka zmiana treści oferty, która byłaby skutkiem poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej lub rachunkowej w obliczeniu ceny. Ustawodawca zakazał również prowadzenia między stronami negocjacji dotyczących złożonej oferty (za wyjątkiem postępowań prowadzonych w trybie dialogu konkurencyjnego).

Przekładając powyższe na realia rozpoznawanej sprawy i oceniając zasadność podniesionych zarzutów Izba stwierdza, że Zamawiający niezasadnie dokonał wyboru oferty Przystępującego, poprzedzając swój wybór wezwaniem go do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, iż Przystępujący dokonał modyfikacji treści oświadczenia zawartego w Formularzu oferty pomimo, iż wyraźnie zakazywała tego SIWZ w pkt 8.2. Wprawdzie w innych punktach Formularza oferty zawarto ogólne sformułowania potwierdzające, że Przystępujący zapoznał się z warunkami przetargu, akceptuje zapisy SIWZ i umowy, jednak oświadczenie zmodyfikowane w pkt 10 jasno wskazuje na intencję Przystępującego co do modyfikacji zapisów umowy. Załącznik nr 3 do Formularza oferty w sposób szczegółowy opisuje te zmiany. Izba nie podziela również stanowiska Przystępującego, że propozycje te dotyczyły jedynie kwestii mających charakter porządkowy i uzupełniający, ponieważ zawierały propozycje zmian w zakresie np. gwarancji, terminów czy kar umownych a więc elementów zamówienia mających charakter istotny. Nie sposób również podzielić stanowiska Przystępującego, że przekazany przez Zamawiającego Wzór umowy, załączony do SIWZ miał jedynie charakter jej istotnych postanowień, które mogłyby zostać zmienione po wyborze oferty. Wiele zapisów SIWZ świadczy o tym, iż Zamawiający przekazał Wykonawcy Wzór umowy i oczekiwał akceptacji zapisów w nim zawartych w pełnym zakresie.

Izba stoi na stanowisku, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, gdy w ofercie Przystępującego zostały złożone wewnętrznie sprzeczne oświadczenia, a z ich treści nie sposób wywieść, jaką treść oferty chciał nadać jej Przystępujący (czy akceptował w całości Wzór umowy załączony przez Zamawiającego do SIWZ, czy też akceptacja ta jest uwarunkowana wprowadzeniem zmian wynikających z zapisów zawartych w Protokole rozbieżności – załącznik nr 3 do Formularza oferty). Błędym byłoby wnioskowanie, nawet biorąc pod uwagę całokształt treści złożonej oferty, że Wykonawca

16

zamierzał sporządzić ofertę zgodną z treścią SIWZ i na tej tylko podstawie dojście do wniosku, że Wykonawca w pełni akceptował zapisy umowy. Przyjmując takie rozumowanie, każda oferta wyrażająca oświadczenie niezgodne z SIWZ, mogłaby zostać uznana za prawidłową w sytuacji, gdy z innego, sprzecznego oświadczenia wynikałoby, że Wykonawca wszystkie warunki zamówienia akceptuje.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Izba zauważa, że sens istnienia normy określonej w tym przepisie polega na wyjaśnianiu treści składanych ofert w sytuacji, gdy oświadczenie woli złożone przez Wykonawcę budzi wątpliwości. Tymczasem Przystępujący jasno sprecyzował wolę zawarcia umowy, po wprowadzeniu do niej zmian opisanych w Protokole rozbieżności. Co więcej, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego o wyjaśnienie treści oferty, dokonane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, po raz kolejny w sposób jasny nie sprecyzował swojego stanowiska. Z jednej strony deklaruje bowiem, iż w pełni akceptuje warunki przetargu, z drugiej zaś stwierdza, iż złożył propozycje zmian do umowy i oczekuje ich wprowadzenia na etapie realizacji umowy stwierdzając, iż zapisy zawarte w Protokole rozbieżności stanowią „propozycję co do drobnych, nieistotnych doprecyzowań treści umowy, możliwych do dokonania na podstawie art. 144 Prawa zamówień publicznych po zawarciu umowy”. W toku rozprawy Przystępujący oświadczył natomiast, iż zgodnie z jego rozumieniem zapisów SIWZ, Zamawiający załączył do niej jedynie istotne postanowienia umowy (nie Wzór umowy), a zatem sama umowa zawierana z wybranym Wykonawcą mogłaby zostać zmodyfikowana w stosunku do postanowień zawartych w SIWZ. Należy zauważyć, iż takie twierdzenia Przystępującego nie mają oparcia w dokumentacji postępowania. Zamawiający jasno sprecyzował swoje oczekiwania co do akceptacji zapisów SIWZ, w tym przekazanego Wzoru umowy i nie dopuszczał jej modyfikacji, poza zakresem zmian opisanych w §18 Wzoru umowy.

Izba stoi na stanowisku, iż potwierdził się również zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W sytuacji, gdy oferta Wykonawcy zawiera treści wzajemnie wykluczające się i brak jest w niej innych przesłanek, które wskazywałyby, którą z tych dwóch opcji w rzeczywistości zamierzał obrać Wykonawca, to należy przyjąć, że treść oferty stoi

na przeszkodzie skorzystaniu przez Zamawiającego z tego przepisu ustawy Pzp. Zastrzeżenie, które zawarł w swej ofercie Przystępujący świadczy o woli dokonania zmian we Wzorze umowy, załączonym do SIWZ, co Zamawiający powinien był uznać jako niezgodność oferty z treścią SIWZ i odrzucić ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień „w zakresie pkt 10 oferty, <<... z załączonym Protokołem rozbieżności do umowy (załącznik nr 3)>>”, w odpowiedzi na co uzyskał wyjaśnienia, które prowadzić miały do zmiany treści

17

oświadczenia Wykonawcy i zastąpienia jej treścią zgodną z pierwotnym brzmieniem pkt 10 Formularza oferty (bez dodatkowych zastrzeżeń). Takiego postępowania zaakceptować nie sposób, przyjęcie takiej zasady prowadziłoby bowiem do sytuacji gdy każdą niezgodność treści oferty dałoby się „wytłumaczyć” czy też biorąc za podstawę inne, ogólne sformułowania co do akceptacji warunków przetargu, czy też na podstawie pism złożonych po dacie złożenia oferty. Izba stoi na stanowisku, że dokonanie przez Zamawiającego zmian w treści Formularza ofertowego w sposób postulowany przez Przystępującego (zmiana dotychczasowej treści pkt 10 na zapis pierwotny, wynikający z treści SIWZ) polegałoby na uzupełnieniu tego dokumentu w znacznym zakresie, co wymyka się pojęciu omyłki rozumianej jako drobna niedokładność, a prowadzi do istotnej zmiany oświadczenia woli Wykonawcy co do zobowiązania, iż zawrze z Zamawiającym umowę o treści załączonej do SIWZ. Co więcej w wyniku dokonanej zmiany należałoby uznać, że załączony do Formularza oferty, zawierający uwagi do umowy Protokół rozbieżności, nie powinien być brany pod uwagę. Taka zmiana, zdaniem Izby, byłaby zbyt daleko idąca.

Reasumując powyższe, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzekając jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 7.500 zł oraz zasądziła od uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, na rzecz Odwołującego równowartość kwoty wpisu (7.500 zł) - § 3 pkt 1, § 5 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia.

Przewodniczący:

18