

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 11 września 2019 roku**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych – pismem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, które wpłynęło do sekretariatu dnia 26 sierpnia 2019 r. – przez zamawiającego:

Gminę Wrocław z siedzibą we Wrocławiu przy pl. Nowy Targ 1-8 (50-141 Wrocław) w imieniu i na rzecz, której działała spółka Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Ofiar Oświęcimskich 36 (50-059 Wrocław)

dotyczących *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej* z dnia 19 sierpnia 2019 r. oznaczonej sygn. KU/80/19/DKZP, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *03900 – Budowa wydzielonej trasy autobusowo-tramwajowej łączącej osiedle Nowy Dwór z Centrum Wrocławia.*

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Bartosz Stankiewicz</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Magdalena Rams</b>
	<b>Robert Skrzyszewski</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego do *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej* nie zasługują na uwzględnienie.**

## UZASADNIENIE

Gmina Wrocław w imieniu i na rzecz, której działała spółka Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwana dalej: „zamawiającym”, przeprowadziła zamówienie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: 03900 – *Budowa wydzielonej trasy autobusowo-tramwajowej łączącej osiedle Nowy Dwór z Centrum Wrocławia*.

I.

W wyniku przeprowadzonej kontroli uprzedniej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził następujące naruszenia oraz ustalił następujący stan faktyczny (KU/80/19/DKZP):

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej zwanej: „Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem Urzędu” lub „kontrolującym”) na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 Pzp, stwierdził następujące naruszenia:

- 1) naruszenie 38 ust. 4a pkt 2 Pzp, poprzez brak zmiany treści ogłoszenia stosownie do dokonanej zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawców Konsorcjum firm: Pro-Tra Building Sp. z o.o. Lider oraz GM Roads Polska Sp. z o.o. – Partner dla Części 6 zamówienia i konsorcjum firm: ZABERD S.A. – Lider, ROTOMAT sp. z o.o. – Partner i ELEKTROTIM S.A. – Partner dla Części 8 zamówienia oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez poprawienie w ofercie ww. wykonawców omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków, powodujących istotne zmiany w treści oferty.

W uzasadnieniu dla naruszenia wskazanego w pkt 1) kontrolujący podał, że jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunek dotyczący sytuacji finansowej określony w pkt 9.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „siwz”). W przypadku ubiegania się o więcej niż jedną część zamówienia, zamawiający wymagał, aby wykonawca spełniał warunek finansowy wynikający z sumy wartości środków finansowych dla poszczególnych części zamówienia, na które wykonawca składał ofertę. Zamawiający nie stawiał warunków finansowych w zakresie Części 3, 5, 6, 7 oraz 8 zamówienia.

W dniu 25 stycznia 2019 r. zamawiający dokonał modyfikacji siwz wskazując, że zamawiający nie stawia warunków finansowych w zakresie części 1, 2 oraz 4 zamówienia. W

ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.1.2), zamawiający nie dokonał stosownego sprostowania w ww. zakresie.

Z dokumentacji przekazanej do kontroli wynikało, że opisana powyżej niezgodność pomiędzy postanowieniami siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu istniała od dnia w którym zamawiający dokonał modyfikacji siwz, tj. w dniu 25 stycznia 2019 r., aż do jego zakończenia.

W toku prowadzonej kontroli, w odpowiedzi na zapytanie, czy zamawiający dokonał stosownej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 grudnia 2018 r. pod nr 2018/S 249-575319 (dot. sekcji III.1.2 przedmiotowego ogłoszenia), zamawiający wyjaśnił, iż cyt.: „*Zamawiający informuje, że omyłkowo nie dokonał stosownej zmiany w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia [winno być – „w ogłoszeniu o zamówieniu”]*”.

Stosownie do treści art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie — jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z powyższym, kontrolujący przyjął, iż zamawiający nie dokonując zmiany treści ogłoszenia w powyższym zakresie, naruszył treść art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp.

Odnośnie naruszenia wskazanego w pkt 2) Prezes Urzędu wyjaśnił, że jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli, zgodnie z treścią pkt 17.5 siwz pn. „Zawartość oferty”, zamawiający wskazał:

- w pkt 17.5.1.1 siwz: *„Formularz oferty, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 1.1-1.8 odpowiednio dla Części 1-8 do niniejszej siwz, opatrzony kwalifikowanym podpisem złożonym przez właściwe podmioty”;*
- w pkt 17.5.1.4 siwz: *„Załączniki do oferty sporządzone na podstawie wzorów zawartych w Załączniku nr 5.1-56 do niniejszej siwz dla Części 3-8 oraz opatrzony kwalifikowanym podpisem złożonym przez właściwe podmioty”.*

Jak wynika z powyższego, wykonawcy zobowiązani byli w przedmiotowym postępowaniu do złożenia Formularza oferty na podstawie wzoru sporządzonego przez zamawiającego a

w przypadku składania oferty na Część 3-8 zamówienia dołączyć do oferty odpowiednio Załączniki 5.1-5.6.

W zakresie Części 6 zamówienia zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp pismem z dnia 11 kwietnia 2019 r. poinformował wykonawcę Pro-Tra Building Sp. z o.o. o poprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią siwz, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. W Formularzu ofertowym złożonym przez ww. wykonawcę brak było pkt od 4.8 do 4.16. W związku z powyższym, Formularz oferty został poprawiony przez zamawiającego poprzez dodanie po pkt 4.7 ww. brakujących punktów, tj. pkt od 4.8 do 4.16. Zgodę na poprawienie omyłek należało przekazać zamawiającemu w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia. Pismem z dnia 11 kwietnia 2019 r. wykonawca Pro-Tra Building Sp. z o.o. wyraził zgodę na powyższe.

W wyniku dokonanych poprawek wprowadzone zostały do Formularza oferty następujące zapisy:

„4.8 Wykonawca informuje, że:

- wybór oferty NIE BĘDZIE prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług,

- wybór oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w odniesieniu do następujących towarów i usług których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania. Wartość towaru lub usługi powodująca obowiązek podatkowy zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług u Zamawiającego to ..... zł netto.

4.9. Niniejsza oferta jest ważna przez 90 dni.

4.10. Akceptuję(emy) bez zastrzeżeń wzór umowy przedstawiony(e) w Części II SIWZ.

4.11. Wadium wniesione w pieniądzu należy zwrócić na konto nr.....NIE DOTYCZY

.....

4.12. W przypadku uznania mojej (naszej) oferty za najkorzystniejszą umowę zobowiązuję(emy) się zawrzeć w miejscu i terminie jakie zostaną wskazane przez Zamawiającego oraz zobowiązuję(emy) się wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy zgodnie z treścią pkt 14 IDW siwz.

4.13. Składamy(y) niniejszą ofertę [we własnym imieniu] / [jako Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia].

4.14. Nie uczestniczę(y) jako Wykonawca w jakiegokolwiek innej ofercie złożonej w celu udzielenia niniejszego zamówienia.

4.15. Na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (żadne z informacji zawartych w ofercie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa

*w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji / wskazane poniżej informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w związku z niniejszym nie mogą być one udostępniane, w szczególności innym uczestnikom postępowania/.*

*4.16. Oświadczam, że wypełniłem, a w przypadku ewentualnych zmian na etapie prowadzenia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuję się dopełnić, obowiązki informacyjne przewidziane wart. 13 lub art. 14 R0009 wobec osób fizycznych, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskałem lub pozyskam w celu ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego oraz zapoznałem, a w przypadku ewentualnych zmian na etapie prowadzenia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuję się zapoznać te osoby, z informacjami określonymi przez Zamawiającego w pkt 32 IDW siwz.”*

Pismem z dnia 4 lipca 2019 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego m.in. z prośbą o udzielenie wyjaśnienia na jakiej podstawie zamawiający uznał, że wskazane powyżej pozycje Formularza oferty były nieistotne.

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający wyjaśnił, iż: *„W opinii zamawiającego niniejsza omyłka zasługuje na miano omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Biorąc pod uwagę fakt, że wykonawca złożył ofertę i musiał liczyć się z koniecznością uwzględnienia zapisów pkt 4.8. - 4.16. w ofercie, a punkty 4.8. - 416. następowały bezpośrednio po tabelce, której wypełnienie wymagało od wykonawcy wysiłku związanego z samodzielnym przygotowaniem tej części, zamawiający uznał, że pkt 4.8. - 4.16. wskazane w formularzu ofertowym zostały przypadkowo wykasowane przez wykonawcę podczas wklejania tabeli z doświadczeniem osób wskazanych na stanowisko kierownika robót drogowych, co jest to częstym błędem pojawiający się podczas kopiowania w programie Microsoft Word. Punkty od 4.8. do 4.16. są standardowymi zapisami Formularzy ofertowych zamawiającego, w związku z tym, nie powodują istotnych zmian w treści oferty, Wykonawca wyraził zgodę na poprawienie omyłek o ofercie.”*

Odnosząc się do powyższego, kontrolujący wskazał, iż uzupełnione punkty Formularza oferty złożonego przez konsorcjum firm: Pro-Tra Building Sp. z o.o. - Lider oraz GM Roads Polska Sp. z o.o. – Partner na Część 6 zamówienia stanowią oświadczenie woli wykonawcy, które powinno być złożone wraz z ofertą w chwili jej składania. Istotne jest, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy,

gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. O tzw. niezgodności formalnej, która nie skutkuje odrzuceniem oferty, możemy mówić wówczas, gdy oferta nie odpowiada przyjętemu przez zamawiającego szablonowi, np. nie jest sporządzana na przygotowanym przez zamawiającego formularzu ofertowym, niemniej jednak zawiera wszystkie wymagane przez zamawiającego elementy. Poprawienie w ofercie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie może powodować wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy. Nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści siwz, czyli do zmiany oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego. Podkreślić należy również, że akceptacja przez wykonawcę postanowień siwz nie określa zakresu świadczenia, ten bowiem zostaje określony w ofercie. Innymi słowy, wprowadzone poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie rzeczywistego oświadczenia woli wykonawcy. Jednocześnie należy wskazać, iż zamawiający błędnie uzupełnił Formularz oferty w zakresie pkt 4.13. We wskazanym punkcie wykonawca oświadczył, iż złożył niniejszą ofertę we własnym imieniu. Natomiast z treści Formularza oferty, z pkt 2 „Wykonawca” wynika, iż oferta została złożona przez konsorcjum firm: Pro-Tra Building Sp. z o.o. – Lider oraz GM Roads Polska Sp. z o.o. – Partner.

Jak wynika z dokumentacji postępowania do oferty konsorcjum firm: ZABERD S.A. – Lider, ROTOMAT sp. z o.o. – Partner i ELEKTROTIM S.A. – Partner, nie został załączony Załącznik nr 5.6 dla Części 8 zamówienia wskazany w pkt 17.5.1.4 siwz.

Pismem z dnia 4 lipca 2019 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego m.in. z prośbą o udzielenie wyjaśnień, czy powyższy dokument został złożony przez ww. konsorcjum wraz z ofertą.

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający wyjaśnił, że konsorcjum ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o.o., ELEKTROTIM S.A. nie złożyło wraz z ofertą załącznika nr 5.6.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2019 r. Prezes Urzędu zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż oferta wykonawcy konsorcjum firm: ZABERD S.A. – Lider, ROTOMAT sp. z o.o. – Partner i ELEKTROTIM S.A. – Partner została złożona na Część 8 zamówienia zgodnie z wymaganiami siwz, skoro wraz z ofertą nie został przedłożony Załącznik nr 5.6, stanowiący zgodnie z pkt 17.5.1.4 siwz integralną część oferty.

W odpowiedzi na powyższe zamawiający wyjaśnił, że wezwał wykonawcę konsorcjum firm. ZABERD S.A. – Lider, ROTOMAT sp. z o.o. – Partner i ELEKTROTIM S.A. – Partner do uzupełnienia brakującego dokumentu. Jednocześnie zamawiający przedłożył wezwanie (na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) do poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią siwz niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w zakresie brakującego Załącznika nr 5.6., wymaganego na podstawie pkt 17.5.4.1. siwz IDW oraz zgodę wykonawcy na poprawienie powyższej omyłki w zakresie Części 8 zamówienia. Zamawiający wskazał, że informacje wynikające z niniejszego dokumentu stanowią pochodne danych wynikających z treści oferty oraz zgodnie z pkt 4.2. treści oferty wykonawca wyraża na powyższe zgodę przystępując do postępowania.

Kontrolujący wskazał, iż zamawiający nie mógł konwalidować treści oferty poprzez uzupełnienie Załącznika 5.6. do oferty konsorcjum firm: ZABERD S.A. – Lider, ROTOMAT Sp. z o.o. – Partner i ELEKTROTIM S.A. – Partner dla Części 8 zamówienia. Ofertą nie jest bowiem jedynie formularz ofertowy, ale także inne dokumenty znajdujące się w ofercie w jej szerokim znaczeniu, jako zestawienie dokumentów, które zawierają kompletne oświadczenia wykonawcy obrazujące zaciągnięte przez niego zobowiązanie. Do rangi istotnych postanowień siwz, a zarazem istotnej treści oferty zamawiający ma prawo zaliczyć takie postanowienia, przy pomocy których, zamawiający chce zrealizować swoje uzasadnione zamierzenia. Uzupełnienie Załącznika 5.6. prowadzi do wytworzenia nowej treści oferty, po upływie wyznaczonego terminu, takiej której pierwotnie oferta nie zawierała. Podkreślenia wymaga fakt iż pozostali wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu złożyli wymagany załącznik wraz z ofertą.

Odnosząc się do powyższych ustaleń kontrolujący wskazał, iż zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z siwz, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Powyższy przepis służy do usuwania niezgodności treści oferty z treścią siwz, w związku z czym zmiana oferty dokonywana na jego podstawie powinna po pierwsze, polegać na skonfrontowaniu treści oferty z odpowiednim postanowieniem siwz i ustaleniu jej sprzeczności z tym postanowieniem, a następnie poprawieniu treści oferty w sposób odpowiadający temu postanowieniu siwz, z jednoczesnym uwzględnieniem, iż dokonana poprawa nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z powyższym, zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę:

- wykonawcy konsorcjum firm: Pro-Tra Building Sp. z o.o. – Lider oraz GM Roads Polska Sp. z o.o. – Partner dla Części 6 zamówienia, ponieważ Formularz oferty nie zawierał części oświadczeń wymaganych przez zamawiającego w chwili składania oferty;
- wykonawcy konsorcjum firm: ZABERD S.A. – Lider, ROTOMAT Sp. z o.o. – Partner i ELEKTROTIM S.A. – Partner dla Części 8 zamówienia, ponieważ oferta nie zawierała Załącznika 5.6. stanowiącego integralną część oferty i który powinien zostać złożony wraz z ofertą.

W konkluzji kontrolujący stwierdził, że zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawców konsorcjum firm: Pro-Tra Building Sp. z o.o. – Lider oraz GM Roads Polska Sp. z o.o. – Partner dla Części 6 zamówienia i konsorcjum firm: ZABERD S.A. – Lider, ROTOMAT Sp. z o.o. – Partner i ELEKTROTIM S.A. – Partner dla Części 8 zamówienia, których treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Poprawa w ofercie ww. wykonawców omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków, powodujące istotne zmiany w treści ofert, dodatkowo stanowi naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

W związku z powyższym Prezes Urzędu zalecił zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części 6 i Części 8 zamówienia, odrzucenie ofert wykonawców konsorcjum firm: Pro-Tra Building Sp. z o.o. – Lider oraz GM Roads Polska Sp. z o.o. – Partner dla Części 6 zamówienia i konsorcjum firm: ZABERD S.A. – Lider, ROTOMAT sp. z o.o. – Partner i ELEKTROTIM S.A. – Partner dla Części 8 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a następnie unieważnienie postępowania w zakresie Części 6 i Części 8 zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

II.

Pismem, które wpłynęło do Urzędu Zamówień Publicznych 26 sierpnia 2019 r. (prezentata na piśmie) zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej (zwane dalej: „zastrzeżeniami”).

Zamawiający odnosząc się do wyniku kontroli prowadzonej pod sygn. KU/80/19/DKZP wniósł następujące zastrzeżenia.



W odniesieniu do części 6 zamówienia zamawiający przyznał, że zgodnie z treścią pkt 15.5.1. Instrukcji dla Wykonawców „kompletna oferta musi zostać sporządzona w postaci elektronicznej i zawierać Formularz Oferty, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 1.1 1.8 odpowiednio dla Części 1-8 do niniejszej IDW, opatrzony kwalifikowanym podpisem złożonym przez właściwe podmioty.” Faktem jest również, że w zakresie Części 6 zamówienia zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poinformował wykonawcę o poprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią siwz, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Formularz ofertowy został poprawiony przez zamawiającego poprzez dodanie brakujących w ofercie punktów od 4.8. do 4.16. wykonawca wyraził zgodę na powyższe.

Wykonanie powyższej czynności kontrolujący uznał za naruszenie przepisów Pzp i zalecił zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Pro-Tra Building Sp. z o.o. oraz GM Roads Sp. z o.o. z uwagi na to, że jej treść nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak słusznie – zdaniem zamawiającego – wskazał kontrolujący przed zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp należy wykonać operację polegającą na skonfrontowaniu oferty z odpowiednim postanowieniem siwz, ustaleniu sprzeczności, a następnie poprawieniu oferty, o ile nie powoduje to istotnych zmian w treści oferty. Z całą pewnością w ocenie zamawiającego wykonawca nie uwzględnił wszystkich elementów wzoru Formularza ofertowego zamieszczonego przez zamawiającego w SIWZ.

Próbując odpowiedzieć na pytanie czy brakujące oświadczenia są zawarte w innych punktach oferty lub ich zamieszczenie ma charakter jedynie informacyjny należy odpowiedzieć w istocie na pytanie czy dokonane przez zamawiającego uzupełnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ma charakter istotny – jeśli oświadczenia takie są zawarte w innych częściach oferty lub ich zamieszczenie ma charakter wyłącznie informacyjny takiego uzupełnienia w żadnym wypadku nie powinno się traktować jako istotnych zmian w treści oferty.

I tak – w zakresie brakującego punktu 4.8. o brzmieniu:

„4.8. Wykonawca informuje, że:

- wybór oferty NIE BĘDZIE / BĘDZIE prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług,

- wybór oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w odniesieniu do następujących towarów i usług których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania. Wartość

*towaru lub usługi powodująca obowiązek podatkowy zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług u Zamawiającego to .....zł netto.”*

Zgodnie z instrukcją zamawiającego zawartą w przypisach do tego punktu wykonawca powinien skreślić niepotrzebne („będzie”/”nie będzie”) oraz uzupełnić kwotę podatku, którą powinien zapłacić zamawiający w sytuacji, w której powstanie u niego obowiązek podatkowy. Aby udzielić odpowiedzi na pytanie o istotność dokonanego przez zamawiającego uzupełnienia w tym zakresie należałoby zastanowić się nad charakterem obowiązku informacyjnego wynikającego z art. 91 ust. 3a Pzp. Przedmiotowy punkt Formularza oferty powstał po to, aby wykonawca w Formularzu oferty zrealizował wskazany obowiązek.

Zgodnie z art. 91 ust. 3a Pzp:

*„Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.”*

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lutego 2017 r. (KIO 170/17) *„obowiązek wynikający z dyspozycji przepisu art. 91 ust. 3a p.z.p., ma jedynie charakter informacyjny. W związku z powyższym zamawiający nie ma możliwości odrzucenia oferty wykonawcy, którego oferta takiej informacji nie przedstawia, albowiem kwestie związane z powstaniem u zamawiającego obowiązku podatkowego, wynikają wprost z innej ustawy, tj. ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tzw. ustawy o VAT) (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.). To na zamawiającym spoczywa obowiązek prawidłowego ustalenia zakresu przedmiotowego oferty, który podlega, tzw. odwróconemu VAT, i w tym zakresie w razie wątpliwości zamawiający ma prawo skorzystać z dyspozycji przepisu art. 87 ust. 1 p.z.p., w celu wyjaśnienia treści złożonej oferty.”*

Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2017 r. KIO 339/17 czytamy: *„Niewłaściwe wypełnienie przez wykonawcę pozycji formularza ofertowego, związane z wykonaniem ciążącego na wykonawcy obowiązku informacyjnego w stosunku do zamawiającego o ewentualnym powstaniu po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego, nie jest obwarowane sankcją odrzucenia oferty.”*

Wskazać należy, że wykonawca wskazał w swojej ofercie cenę netto, należny podatek VAT oraz cenę brutto wskazując, że taka właśnie jest cena jego oferty.

Zamawiający podkreślił że: po pierwsze samo pominięcie w ofercie informacji, o której mowa w art. 91 ust. 3a Pzp nie uprawnia zamawiającego do odrzucenia oferty, po drugie – zamawiający biorąc pod uwagę oświadczenie wykonawcy o cenie netto oraz cenie brutto oferty był w stanie uzupełnić brakujący pkt 4.8. Formularza oferty. Uzupełnienie to w żadnym przypadku nie może być traktowane jako istotna zmiana treści oferty.

W zakresie brakującego punktu 4.9. o brzmieniu:

*„Niniejsza oferta jest ważna przez 90 dni.*

*Zamawiający wskazuje, że zgodnie z pkt 20 Instrukcji dla Wykonawców będącej częścią SIWZ „Wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez 90 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.”*

W pkt 4.1. oraz 4.2. wypełnionej przez wykonawcę części oferty wskazał on, że:

*„4.1. Zapoznałem się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia.*

*4.2.Gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmian.”*

Skoro postanowienie o długości okresu związania ofertą wynika z treści siwz, a wykonawca tę treść zaakceptował, oświadczył również, że akceptuje 90 dniowy termin związania ofertą. Powtórzenie tego oświadczenia w odrębnym punkcie Formularza oferty ma więc wyłącznie wymiar porządkujący, a uzupełnienie Formularza oferty w tym zakresie nie może być traktowane jako istotna zmiana treści oferty.

W zakresie brakującego punktu 4.10 o brzmieniu:

*„Akceptuję(emy) bez zastrzeżeń wzór umowy przedstawiony(e) w Części II SIWZ.”*

*Zgodnie z pkt 25 IDW stanowiącej część SIWZ „Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w 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”*

*„Zamawiający wymaga od Wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie niniejszego zamówienia publicznego na warunkach zawartych we wzorze umowy stanowiącym Część II niniejszej SIWZ odpowiednio dla każdej Części zamówienia.”. Wzór umowy stanowił Część II siwz.*

Skoro więc wykonawca złożył oświadczenie:

*„4.1. Zapoznałem się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia.*

*4.3.Gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmian”*

to tym samym złożył też oświadczenie o tym, że zaakceptował on bez zastrzeżeń wzór umowy przedstawiony w Części II SIWZ. Powtórzenie tego oświadczenia w odrębnym punkcie Formularza oferty ma więc wyłącznie wymiar porządkujący, a uzupełnienie Formularza oferty w tym zakresie nie może być traktowane jako istotna zmiana treści oferty. Jak wskazywało KIO w z dnia 16 czerwca 2009 r. (KIO/UZP 694/09) *„Wzór umowy nie podlega negocjacom, ewentualne zmiany następują w sformalizowanym trybie wyjaśnień treści siwz lub w wyniku wniesienia środków ochrony prawnej. W tym kontekście umowa w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji w której zamawiający ustalił treść wzoru umowy, może być uznana za sui generis umowę adhezyjną, zawieraną przez przystąpienie, bez możliwości negocjacji jej treści po złożeniu oferty. Możliwość negocjacji treści umowy występuje w sytuacji, gdy zamawiający zamieścił w siwz jedynie istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego (wówczas uzgodnione mogą być accidentalia negotii elementy nie konstytuujące danego typu umowy), ogólne warunki umowy (uzgodnienie możliwe jest wówczas w obszarze doprecyzowywania warunków) oraz w razie wyboru negocjacyjnego trybu udzielenia zamówienia publicznego.”*

W zakresie brakującego pkt 4.11. o brzmieniu:

*„Wadium wniesione w pieniądzu należy zwrócić na konto nr .....”*  
został przez zamawiającego uzupełniony słowami *„nie dotyczy”*, z uwagi na wniesienie przez wykonawcę wadium w formie pieniężnej. Uzupełnienie to nie stanowi nawet hipotetycznie zmiany treści oferty, bo trudno uznać za merytoryczną część oferty informację o nr rachunku, na który należy zwrócić wadium. Informacja ta nie dotyczy realizacji przedmiotu zamówienia, a jej brak w żaden sposób nie może naruszyć interesów zamawiającego.

W zakresie brakującego pkt 4.12. o brzmieniu:

*„W przypadku uznania mojej (naszej) oferty za najkorzystniejszą umowę zobowiązuję(emy) się zawrzeć w miejscu i terminie jakie zostaną wskazane przez Zamawiającego oraz zobowiązuję(emy) się wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy zgodnie z treścią pkt 14 IDW.”*

Zgodnie z pkt 24 IDW stanowiącej część siwz *„Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy”*:

*„O terminie i miejscu podpisania umowy Wykonawca zostanie powiadomiony pisemnie. Zamawiający wymaga przedłożenia do uzgodnienia przed podpisaniem umowy treść zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli będzie wniesione w formie gwarancji lub poręczenia. W przypadku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w*

*formie gwarancji lub poręczenia Zamawiający wymaga aby było ono zgodne ze wzorem opublikowanym przez Zamawiającego.”*

W pkt 14 IDW zamawiający opisał szczegółowo zobowiązania wykonawcy w zakresie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w tym między innymi wskazując w pkt 14.2. *„Wybrany Wykonawca zobowiązany jest wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie później niż w dniu podpisania umowy. Zamawiający wymaga wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania odrębnie dla każdej z umów.”*

Skoro więc Wykonawca złożył oświadczenie:

*„4.1. Zapoznałem się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia.*

*4.4.Gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmian”*

to tym samym złożył też oświadczenie zawarte w brakującym punkcie 4.12. SIWZ. Oczywiście jest, że wykonawcy składają oferty po to, żeby zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego. Uzupełnienie Formularza oferty w tym zakresie nie może być traktowane jako istotna zmiana treści oferty.

W zakresie brakującego pkt 4.13. o brzmieniu:

*„Składam(y) niniejszą ofertę [we własnym imieniu] / [jako Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia]”*

Zamawiający wskazał, że z Formularza Oferty (pkt 2) jasno wynika kto składa ofertę. W ofercie zawarte też było pełnomocnictwo z 29 stycznia 2019 r. udzielone Liderowi Konsorcjum przez Partnera Konsorcjum, z którego jasno wynika, że Pr - Tra Building złożyła ofertę w imieniu Konsorcjum.

Uzupełnienie Formularza oferty w tym zakresie nie może być traktowane jako istotna zmiana treści oferty.

W zakresie brakującego pkt 4.14. o brzmieniu:

*„Nie uczestniczę(ymy) jako Wykonawca w jakiegokolwiek innej ofercie złożonej w celu udzielenie niniejszego zamówienia.”*

Zamawiający wskazał, że informację w tym zakresie był w stanie uzyskać we własnym zakresie sprawdzając komplet złożonych w postępowaniu ofert.

Uzupełnienie Formularza oferty w tym zakresie nie może być traktowane jako istotna zmiana treści oferty.

W zakresie brakującego pkt 4.15. o brzmieniu:

*„Na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych [żadne z informacji zawartych w ofercie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji /wskazane poniżej informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w związku z niniejszym nie mogą być one udostępniane, w szczególności innym uczestnikom postępowania]”*

Zamawiający wskazał na to, że zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, do którego odnosi się ten punkt:

*„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.”*

Zamawiający wskazał na to, że wykonawca nie zastrzegł w żadnym miejscu oferty, że określone informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Po to, aby skutecznie zastrzec te informacje powinien on dołożyć jeszcze wyższej staranności niż tylko zastrzeżenie, a mianowicie wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czego również nie zrobił.

Biorąc pod uwagę treść art. 8 ust. 3 Pzp zamawiający wskazał, że tylko zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga podjęcia określonej aktywności przez wykonawcę. Bierność oznacza rezygnację przez wykonawcę z przysługującego mu uprawnienia i nie wymaga składania względem zamawiającego żadnych oświadczeń czy też podejmowania działań. W taki również sposób należy ocenić brak zawarcia pkt 4.15. w Formularzu Oferty wykonawcy. Jego uzupełnienia nie można więc w żadnym wypadku traktować jako istotnej zmiany treści oferty.

W zakresie brakującego pkt 4.16. o brzmieniu:

*„Oświadczam, że wypełniłem, a w przypadku ewentualnych zmian na etapie prowadzenia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuję się dopełnić, obowiązki informacyjne przewidziane w art. 13 lub art. 14 RODO wobec osób fizycznych, od których dane osobowe bezpośrednio lub pośrednio pozyskałem lub pozyskam w celu ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego oraz zapoznałem, a w przypadku ewentualnych zmian na etapie prowadzenia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuję się zapoznać te osoby, z informacjami określonymi przez Zamawiającego w pkt 32 IDW.”*

Zgodnie z pkt 30.2. IDW: „Wykonawca wypełni obowiązek informacyjny przewidziany w art. 13 lub 14 RODO względem osób fizycznych, których dane osobowe załączy do oferty lub w ramach wyjaśnień bądź uzupełnień przekaże Zamawiającemu w ramach prowadzenia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zapozna osoby fizyczne o których mowa powyżej w pkt. 32.1 IDW.”

Skoro więc wykonawca złożył oświadczenie:

„4.1. Zapoznałem się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia.

4.5.Gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmian”

to tym samym złożył też oświadczenie zawarte w brakującym punkcie 4.16. siwz. Jego uzupełnienia nie można więc w żadnym wypadku traktować jako istotnej zmiany treści oferty.

W odniesieniu do Części 8 zamówienia: oferty złożonej przez Konsorcjum ZABERD S.A., ROTOMAT sp. z o.o. oraz ELEKTROTIM S.A zamawiający stwierdził, że faktem jest, że wykonawca nie dołączył do oferty załącznika nr 5.6. Faktem jest też, że załącznik ten Zamawiający uzupełnił na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wykonanie powyższej czynności kontrolujący uznał za naruszenie przepisów ustawy Pzp i zalecił zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum ZABERD S.A., ROTOMAT Sp. z o.o. oraz ELEKTROTIM S.A. z uwagi na to, że jej treść nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wskazał, że ww. załącznik był to dokument generowany w kontraktach opartych o zasady kontraktowe FIDIC. W załączniku tym to zamawiający (a nie wykonawca) powtarza kwestie już wynikające z Wzoru Umowy stanowiącego część siwz, a wykonawca ma wypełnić jedynie informacje wynikające już z jego oferty i wykropkowane w Załączniku:

- Nazwa i adres Wykonawcy

- faks: .....

- e-mail: .....

- 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej (włącznie z VAT) określonej w Akcie Umowy (łącznie ceny brutto za roboty budowlane), co stanowi kwotę ..... (słownie: .....) )

Trudno tu więc byłoby mówić o składaniu przez wykonawcę jakichkolwiek oświadczeń woli w załączniku 5.6. Załącznik ten – w ocenie zamawiającego – miał jedynie charakter informacyjny.

Biorąc pod uwagę, że:

- po pierwsze wykonawca złożył oświadczenie:

„4.1. Zapoznałem się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia.

4.6. Gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmian”

- po drugie – do treści załącznika do oferty odsyłają zapisy wzoru umowy wskazane w kolumnie „Klauzule Warunków Ogólnych Kontraktu lub Warunków Szczególnych”, co oznacza, że ten załącznik uzupełnia treść wzoru umowy, który to wzór umowy został zaakceptowany przez wykonawcę, uzupełnienie dokonane przez zamawiającego w zakresie tego załącznika na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zamawiającego nie stanowiło istotnej zmiany treści oferty wykonawcy.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2019 r. (KIO 435/19) „o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ stanowiącej podstawę odrzucenia oferty przesądza wynik odpowiedniego porównania (badania) treści oferty z wymaganiami zamawiającego przedstawionymi w SIWZ.”

Jak wynika z powyższej analizy wynik tego porównania w przypadku obydwu części: 6 i 8 prowadzi do wniosku, że wymagane oświadczenia wykonawcy zostały zawarte w ofercie, a inne (dotyczący powstania obowiązku podatkowego u zamawiającego czy też tajemnicy przedsiębiorstwa) mają charakter wyłącznie informacyjny, a ich brak nie może prowadzić do odrzucenia oferty.

W związku z powyższym zamawiający stwierdził w konkluzji swoich zastrzeżeń, że stwierdzone naruszenia w ramach zamówienia 03900 – Budowa wydzielonej trasy autobusowo-tramwajowej łączącej osiedle Nowy Dwór z Centrum Wrocławia wymienione w pkt 2 Informacji o wynikach kontroli nie istnieją, a tym samym zalecenia zawarte w Informacji powinny zostać wyeliminowane z obrotu prawnego.

III.

Prezes Urzędu pismem z 30 sierpnia 2019 r. (sygn. UZP/DKZP/WKZ5/420/139(22)/19/KO) w odpowiedzi na zastrzeżenia do wyników kontroli uprzedniej dotyczącej przedmiotowego postępowania podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19 sierpnia 2019 r.

W swojej odpowiedzi Prezes Urzędu ponownie wskazał na treść art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zgodnie z którym, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z siwz, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Możliwość ich poprawiania wprowadzona została nowelizacją Pzp, która miała miejsce w 2008 r. Celem tej



regulacji – jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu tej ustawy – było umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Zdaniem kontrolującego powyższy przepis służy do usuwania niezgodności treści oferty z treścią siwz, w związku z czym zmiana oferty dokonywana na jego podstawie powinna po pierwsze polegać na skonfrontowaniu treści oferty z odpowiednim postanowieniem siwz i ustaleniu jej sprzeczności z tym postanowieniem, a następnie poprawieniu treści oferty w sposób odpowiadający temu postanowieniu siwz, z jednoczesnym uwzględnieniem, iż dokonana poprawa nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. Punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Przywołany przepis art. 87 ust. 1 Pzp określa również granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. A zatem, nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w sytuacji, w której prowadziłyby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Formularz ofertowy z punktu widzenia przepisów Pzp i zasad udzielania zamówień publicznych, stanowi najściślejszą część oferty (zwaną popularnie „merytoryczną”), która nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Jest to bowiem oświadczenie, o którym mowa w art. 66 § 1 k.c., czyli oświadczenie drugiej stronie (zamawiającemu) woli zawarcia umowy, określające istotne postanowienia tej umowy. Jednak należy zauważyć, że - biorąc pod uwagę różne rodzaje i wagę oświadczeń, które zamawiający mógł zamieścić w owym formularzu ofertowym - nie wszystkie poszczególne oświadczenia mają to znaczenie. Dlatego każdorazowo należy indywidualnie badać ich rodzaj i znaczenie dla złożonej oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 451/16).

Poprawienie w ofercie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie może powodować wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, tj. nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści siwz, czyli do zmiany oświadczenia woli wykonawcy na podstawie

wymogów zamawiającego. Należy również podkreślić, że akceptacja przez wykonawcę postanowień siwz nie określa zakresu świadczenia, ten bowiem zostaje określony w ofercie, o czym może świadczyć fakt, iż zamawiający do specyfikacji istotnych warunków zamówienia załącza wzór formularza ofertowego, który zawiera istotne zapisy, oraz w części wymaga od wykonawcy jego wypełnienia. Innymi słowy, wprowadzone poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie rzeczywistego oświadczenia woli wykonawcy. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 770/14), cyt.:

*„Możliwość poprawienia oczywistej omyłki może dotyczyć wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a ”oczywistość” omyłki rozumianej, jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Taka omyłka musi mieć charakter zwykłego przypadkowego przeoczenia lub innej zwykłej przypadkowej niedokładności, która dla każdego jest oczywista. Oczywista omyłka pisarska musi mieć charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny i jej poprawienie nie może w konsekwencji prowadzić pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli”.*

O niezgodności formalnej, która nie skutkuje odrzuceniem oferty, można mówić wówczas, gdy oferta nie odpowiada przyjętemu przez zamawiającego szablonowi, np. nie jest sporządzana na przygotowanym przez zamawiającego formularzu ofertowym, niemniej jednak zawiera wszystkie wymagane przez zamawiającego elementy. Zgodnie z wyrokiem KIO z 9 maja 2014 r. (sygn. akt KIO 841/14) cyt.: *„Oczywistą omyłką pisarską, a więc zapisem podlegającym poprawieniu jest, taka omyłka, co do której nie zachodzą żadne wątpliwości, iż błędny zapis jest wynikiem przeoczenia lub niewłaściwego doboru słów (...) Za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli (...) Możliwość poprawy drobnych błędów nie ma charakteru nieograniczonego. Omyłka musi być jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości, a ponadto musi wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełniania”.*

Ponadto, jak zostało wskazane w *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej*, zamawiający błędnie uzupełnił Formularz oferty w zakresie pkt 4.13. We wskazanym punkcie zamawiający uzupełnił wskazaną pozycję o informację, że wykonawca złożył niniejszą ofertę we własnym imieniu. Natomiast z treści Formularza oferty, z pkt 2 „Wykonawca” wynika, iż oferta została złożona przez konsorcjum firm: Pro-Tra Building Sp. z o.o. – Lider oraz GM Roads Polska Sp. z o.o. – Partner. W zastrzeżeniach od wyniku kontroli uprzedniej zamawiający wskazał: *„(...) że z Formularza oferty (pkt 2) jasno wynika kto składa ofertę. W ofercie zawarte też było pełnomocnictwo z 29.01.2019 r. udzielone Liderowi Konsorcjum przez Partnera konsorcjum,*

z którego jasno wynika, że Pro-Tra Building Sp. z o.o. złożyła ofertę w imieniu Konsorcjum". Prezes Urzędu zwrócił przy tym uwagę, że pismem z dnia 4 lipca 2019 r. zwrócił się do zamawiającego m.in. z prośbą o udzielenie wyjaśnień, czy sprostował informacje zawarte w piśmie z dnia 18 lutego 2019 r. Z informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 Pzp z dnia 18 lutego 2019 r. wynika bowiem, że na Część 6 zamówienia ofertę złożył wykonawca Pro-Tra Building Sp. z o.o., natomiast z protokołu postępowania (druk ZP-PN), jak również pozostałej dokumentacji postępowania wynika, że ofertę złożyło konsorcjum firm: Pro-Tra Building Sp. o.o. i GM ROADS Sp. z o.o. Pismem z dnia 10 lipca 2019 r. zamawiający poinformował, że przesyła poprawioną informację, o której mowa w art. 86 ust. 5 Pzp z dnia 18 lutego 2019 r. Jak wynika z przedmiotowego dokumentu, oferta na Część 6 zamówienia została złożona przez konsorcjum firm: Pro-Tra Building Sp. o.o. i GM ROADS Sp. z o.o. Natomiast, jak wynika z pełnomocnictwa z dnia 29 stycznia 2019 r. Partner konsorcjum - GM Roads Polska Sp. z o. o. reprezentowany przez p. Andrzeja Rozmarynowskiego ustanowił pełnomocnika p. Leszka Ziąjkę i Lidera konsorcjum firmę Pro-Tra Building Sp. z o.o. oraz upoważnił Lidera konsorcjum do „przygotowania, parafowania, podpisania oraz złożenia oferty przetargowej w naszym imieniu i w imieniu Konsorcjum na realizację zamówienia (...)” Jak wynika z powyższego przedmiotowa oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a którzy jedynie są reprezentowani przez pełnomocnika i Lidera konsorcjum.

Kontrolujący wskazał również, iż zamawiający nie mógł konwalidować treści oferty poprzez uzupełnienie Załącznika 5.6. do oferty konsorcjum firm: ZABERD S.A. – Lider, ROTOMAT Sp. z o.o. – Partner i ELEKTROTIM S.A. Partner dla Części 8 zamówienia. Ofertą nie jest bowiem jedynie formularz ofertowy, ale także inne dokumenty znajdujące się w ofercie w jej szerokim znaczeniu, jako zestawienie dokumentów, które zawierają kompletne oświadczenia wykonawcy obrazujące zaciągnięte przez niego zobowiązanie. Do rangi istotnych postanowień siwz, a zarazem istotnej treści oferty zamawiający ma prawo zaliczyć takie postanowienia, przy pomocy których, zamawiający chce zrealizować swoje uzasadnione zamierzenia. Uzupełnienie Załącznika 5.6. prowadzi do wytworzenia nowej treści oferty, po upływie wyznaczonego terminu, takiej, której pierwotnie oferta nie zawierała. Podkreślenia wymaga fakt, iż pozostali wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu złożyli wymagany załącznik wraz z ofertą.

Reasumując Prezes Urzędu podtrzymał swoje stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej i nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 Pzp w związku z nieuwzględnieniem ww. zastrzeżeń do wyniku

kontroli uprzedniej, przekazane one zostały do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

### **Krajowa Izba Odwoławcza**

#### **po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:**

Poczynione przez kontrolującego w toku kontroli ustalenia faktyczne nie były sporne.

Na podstawie przedstawionej dokumentacji, Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu zawarte w *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej* oraz w pisemnej odpowiedzi do wniesionych zastrzeżeń.

Zgodnie z postanowieniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13 *Opinia KIO w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności* (tak samo Wojewódzki Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 23 lipca 2014 roku w sprawie sygn. akt V SA/Wa 1048/14). W związku z powyższym w ocenie Izby, zastrzeżenia do wyniku przeprowadzonej kontroli uprzedniej nie zasługiwały na uwzględnienie.

W odniesieniu do stwierdzonego przez kontrolującego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawców Konsorcjum firm: Pro-Tra Building Sp. z o.o. – Lider oraz GM Roads Polska Sp. z o.o. – Partner dla Części 6 zamówienia i konsorcjum firm: ZABERD S. A. – Lider, ROTOMAT sp. z o.o. – Partner i ELEKTROTIM S.A. – Partner dla Części 8 zamówienia oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez poprawienie w ofercie ww. wykonawców omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, powodujących istotne zmiany w treści oferty, Izba uznała, że wskazane przez Prezesa Urzędu argumenty były wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego.

Przy ocenie zasadności przedmiotowego naruszenia Izba za własną przyjęła argumentację kontrolującego, zawartą w piśmie z dnia 30 sierpnia 2019 r., stanowiącym odpowiedź na zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej. Argumentacja ta została właściwie w całości przytoczona w pkt III przedmiotowej uchwały (str. 16-19), w związku z tym należy uznać, że nie ma konieczności jej powielania.

Tytułem uzupełnienia należy wskazać, że poprawienie nieprawidłowości występujących w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest uzależnione od spełnienia dwóch przesłanek:

- po pierwsze niedokładność musi mieć charakter omyłki polegającej na niezgodności oferty z swiz, a nie celowego działania;

- po drugie poprawiona niezgodność nie może spowodować istotnych zmian w treści oferty.

Niespełnienie chociażby jednej z powyżej wskazanych przesłanek powoduje niemożność skorzystania przez zamawiającego z treści przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W odpowiedzi na zastrzeżenia zamawiającego, Prezes Urzędu w sposób wystarczający zdaniem Izby uzasadnił fakt niespełnienia drugiej przesłanki wymienionej powyżej i już ta okoliczność była wystarczająca do nieuwzględnienia zastrzeżeń zamawiającego.

Ponadto argumentacja zamawiającego zaprezentowana w zastrzeżeniach w większości przypadków dotyczących części 6 oraz dla części 8 zamówienia opierała się na ogólnych oświadczeniach złożonych w ofercie, które dotyczyły zapoznania się wykonawcy z treścią siwz, gwarancji wykonania całości zamówienia zgodnie z treścią SIWZ czy też zaakceptowania przez wykonawcę wzoru umowy. Natomiast zamawiający sporządził wzór formularza ofertowego dla części 6 zawierający określone oświadczenia oraz wymagał złożenia wskazanych w SIWZ załączników (dla części 8 był to załącznik 5.6).

W ocenie Izby przy badaniu „istotności” należy wziąć pod uwagę całokształt okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W przedmiotowej sprawie dla 6 części zamówienia formularz ofertowy został poprawiony przez zamawiającego przez dodanie brakujących w ofercie punktów od 4.8 do 4.16 przy czym pkt 4.13 został poprawiony błędnie, natomiast w dla 8 części zamówienia zamawiający uzupełnił ofertę wykonawcy o załącznik nr 5.6.

Powyżej wskazane poprawki doprowadziły zdaniem Izby do dostosowania treści tych ofert do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści siwz, czyli do zmiany oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego. Ponadto Izba stanęła na stanowisku, że akceptacja przez wykonawcę postanowień siwz nie określa zakresu świadczenia, ten bowiem zostaje określony w ofercie, o czym może świadczyć fakt, iż zamawiający do specyfikacji istotnych warunków zamówienia załączył wzór formularza ofertowego oraz wymagał składania określonych dla danej części załączników, które zawierały istotne postanowienia, które powinny być wypełnione przez wykonawcę.

Tym samym Izba uznała, że naruszenie kwestionowane przez zamawiającego w zastrzeżeniach zostało słusznie stwierdzone przez kontrolującego, a zalecenia usunięcia tego naruszenia sformułowane w *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej*, należy uznać za naturalną konsekwencję stwierdzonego naruszenia.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp, wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**.....

**Członkowie:** .....

.....