

Warszawa, dnia 31.12.2018 r.

KU/206/18/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

1. **Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:**

Zamawiający:

Narodowe Centrum Badań i Rozwoju

ul. Nowogrodzka 47a

00-695 Warszawa

oraz

Miasto Bydgoszcz

ul. Jezuicka 1

85-102 Bydgoszcz

oraz

Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej

ul. Toruńska 174a

85-844 Bydgoszcz

oraz

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne

ul. Niepodległości 30

42-200 Częstochowa

oraz

Gmina Miasto Gdynia

al. Marszałka Piłsudskiego 52/54

81-382 Gdynia

oraz

Gmina Miasto Jaworzno

ul. Grunwaldzka 33

43-600 Jaworzno

oraz

Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej

ul. Krakowska 9

43-600 Jaworzno

oraz

Gmina Miejska Kraków

pl. Wszystkich Świętych 3-4

31-004 Kraków

oraz

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne

ul. Św. Wawrzyńca 13,

ul. Jana Brożka 3

30-347 Kraków

oraz

Miasto Krosno

ul. Lwowska 28A

38-400 Krosno

oraz

Miejska Komunikacja Samochodowa w Krośnie

ul. Fredry 1A

38-400 Krosno

oraz

KZK GOP

ul. Barbary 21a

40-053 Katowice

oraz

Gmina Lublin

pl. Króla Wł. Łokietka 1

20-109 Lublin

oraz

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji

ul. Antoniny Grygowej 56

20-260 Lublin

oraz

Miasto Łomża

ul. Stary Rynek 14

18-400 Łomża

oraz

Gmina Miejska Mielec,
ul. Żeromskiego 26
39-300 Mielec

oraz

Miejska Komunikacja Samochodowa
ul. Moniuszki 12
39-300 Mielec

oraz

Miasto Nowy Sącz
Rynek 1
33-300 Nowy Sącz

oraz

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne
ul. Wyspiańskiego 22
33-300 Nowy Sącz

oraz

Gmina-Miasto Płock
pl. Stary Rynek 1
09-400 Płock

oraz

Komunikacja Miejska Płock
ul. Przemysłowa 17
09-400 Płock

oraz

Gmina Miasto Rzeszów
Rynek 1
35-064 Rzeszów

oraz

Miasto Siedlce
Skwer Niepodległości 2
08-110 Siedlce

oraz

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne
ul. Starzyńskiego 20
08-102 Siedlce

oraz

Gmina Miasto Sieradz

pl. Wojewódzki 1

98-200 Sieradz

oraz

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji

ul. Jana Pawła II 63

98-200 Sieradz

oraz

Miasto Sosnowiec

al. Zwycięstwa 20

41-200 Sosnowiec

oraz

Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej

ul Lenartowicza 73

41-219 Sosnowiec

oraz

Gmina Starachowice

ul. Radomska 40

27-200 Starachowice

oraz

Miejski Zakład Komunikacyjny

ul. Radomska 53

27-200 Starachowice

oraz

Gmina Miasto Szczecin

pl. Armii Krajowej 1

70-456 Szczecin

oraz

Szczecińskie Przedsiębiorstwo Autobusowe „Klonowica”

ul. S. Klonowica 3c

71-241 Szczecin

oraz

Miasto Tczew

pl. Marszałka J. Piłsudskiego 1

83-110 Tczew

oraz

Gmina Miasto Tomaszów Mazowiecki
ul. P.O.W. 10/16

97-200 Tomaszów Mazowiecki

oraz

Miejski Zakład Komunikacyjny

ul. Warszawska 109/111

97-200 Tomaszów Mazowiecki

oraz

Gmina Miasto Toruń

ul. Wały Gen. Sikorskiego 8

87-100 Toruń

oraz

Miejski Zakład Komunikacji

ul. Sienkiewicza 24/26

87-100 Toruń

oraz

TLT Sp. z o.o.

ul. Towarowa 3,

43-100 Tychy

oraz

Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o.

ul. Włociańska 52,

01-710 Warszawa

oraz

Gmina Miasto Wejherowo

pl. Jakuba Wejhera 8

84-200 Wejherowo

oraz

Miejski Zakład Komunikacji Wejherowo Sp. z o.o.

ul. Tartaczna 2

84-200 Wejherowo

oraz

Gmina Wrocław

pl. Nowy Targ 1-8

50-141 Wrocław

oraz

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne
ul. Bolesława Prusa 75-79
50-316 Wrocław

oraz

Gmina Zakliczyn
ul. Rynek 32
32-840 Zakliczyn

oraz

Urząd Miejski w Zakliczynie
ul. Rynek 32
32-840 Zakliczyn

oraz

Miasto Żyrardów
pl. Jana Pawła II 1
96-300 Żyrardów

reprezentowane przez:

Narodowe Centrum Badań i Rozwoju
ul. Nowogrodzka 47a
00-695 Warszawa

Rodzaj zamówienia: dostawy

Przedmiot zamówienia: opracowanie i dostawa typoszeregu innowacyjnych pojazdów bezemisyjnego transportu publicznego

Data wszczęcia postępowania: 03.01.2018 r.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2018/S 001 - 000183

Tryb postępowania: partnerstwo innowacyjne

Wartość zamówienia: 2.308.700.000,00 zł (552.995.281,32 euro)

Środki UE: Program Operacyjny Inteligentny Rozwój 2014-2020

Rodzaj procedury: zamówienie klasyczne

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm: XA oraz oferty złożonej przez wykonawcę XB, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

UZASADNIENIE

1. Uzasadnienie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z informacją zawartą w pkt 18 SIWZ „Opis obliczania ceny”, ppkt 4 i 5 zamawiający zastosował następujące limity cen:

1. limity cen dla poszczególnych Etapów Fazy B+R, tj.:

- 1) cena za realizację Etapu I nie może przekroczyć 2 500 000 PLN netto;
- 2) cena za realizację Etapu II nie może przekroczyć 4 850 000 PLN netto;
- 3) cena za realizację Etapu III nie może przekroczyć 15 000 000 PLN netto;

2. limity cen Pojazdów o zasięgu 120 km w Fazie Wdrożeniowej, tj.:

- 1) cena Pojazdu 10 m nie może przekroczyć 1 800 000 PLN netto;
- 2) cena Pojazdu 12 m nie może przekroczyć 2 000 000 PLN netto;
- 3) cena Pojazdu 18 m nie może przekroczyć 2 800 000 PLN netto;
- 4) cena Pojazdu 10 m musi być mniejsza od ceny Pojazdu 12 m, zaś cena Pojazdu 12 m mniejsza od ceny Pojazdu 18 m.

W pkt 18.6 SIWZ wskazano, że „W przypadku zaoferowania cen wyższych niż limity określone w pkt 18.4 i 18.5, Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Postanowienie niniejszego punktu nie dotyczy ofert wstępnych” natomiast w pkt 18.13 wskazano, że „Każda z cen musi być wyższa od 0.”

Ponadto w Formularzu oferty zamawiający w części „G” oferty – „Cena” wyodrębnił cztery tabele, na podstawie których wykonawcy mieli skalkulować łączną cenę za realizację przedmiotu zamówienia, tj.: tabela G.1. „Wycena Fazy B+R, w tym cena za każdy z Etapów Fazy B+R”, tabela G.2. „Wycena Fazy Wdrożeniowej, w tym ceny jednostkowe i ilość Pojazdów o określonej długości”, tabela G.3. „Łączna cena zamówienia stanowiąca sumę cen

za Fazę B+R oraz Fazę Wdrożeniową” oraz tabela G.4. „Cena poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego”, którą należało wypełnić według specyfikacji Katalogu wyposażenia, stanowiącego Załącznik nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia.

W pkt 14 - „Opis sposobu przygotowania oferty”, ppkt 4.1) SIWZ wskazano, że *„Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty: 1) Wypełniony i podpisany Formularz ofertowy (do wykorzystania wzór (druk), stanowiący Załącznik Nr 3 do SIWZ z zastrzeżeniem punktu 14.2.) z załączonym Diagramem Gantta. W przypadku niekorzystania z ww. druku, oferta musi zawierać wszystkie elementy wskazane we wzorze stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ”.*

W toku przedmiotowej kontroli uprzedniej ustalono, że w postępowaniu złożone zostały trzy oferty przez niżej wymienionych wykonawców:

1. konsorcjum firm: XA (dalej jako: „konsorcjum XA”),
2. XB,
3. Konsorcjum firm: XC (dalej jako: „konsorcjum XC”).

Konsorcjum XC złożyło ofertę, w której jako łączną cenę zamówienia wskazaną w tabeli G.3. (Łączna cena zamówienia stanowiąca sumę cen za Fazę B+R oraz Fazę Wdrożeniową) podano kwotę 3.119.956.500 PLN brutto (t.j. określoną poszczególnymi limitami, maksymalną akceptowalną całkowitą wartość zamówienia brutto), podczas gdy suma cen podanych w tabeli G.1 i G.2 powinna wynosić 5 199 692 898,00 PLN brutto. Ponadto ceny poszczególnych etapów Fazy B+R oraz ceny jednostkowe Pojazdów wszystkich kategorii ujęte w tabelach G.1 (Wycena Fazy B+R, w tym cena za każdy z Etapów Fazy B+R) i G.2 (Wycena Fazy Wdrożeniowej, w tym ceny jednostkowe i ilość Pojazdów o określonej długości) przekraczają limity określone w pkt 18.4 i 18.5 SIWZ.

Natomiast wykonawca XB w tabeli G.4 „Cena poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego” formularza ofertowego nie dokonał wyceny wyposażenia dodatkowego pojazdów.

Z uwagi na niejednoznaczności występujące w ww. ofertach komisja przetargowa zwróciła się do biegłych merytorycznych ds. prawnych działających przy Komisji oraz do kancelarii prawnych o analizę prawną i sporządzenie opinii we wskazanym powyżej zakresie.

Kancelaria XD w opinii z dnia 28.11.2018 r. w konkluzji wskazała:

„1. Ocena nieprawidłowości zawartych w ofercie Konsorcjum XA prowadzi do wniosku, iż oferta ta jest obciążona błędem w zakresie łącznej ceny zamówienia (suma Fazy B+R oraz

Fazy Wdrożeniowej), albowiem kwota wskazana w tabeli G.3 nie stanowi sumy wartości wskazanych w tabeli G.1 i G.2. Nadto, oferta ta jest niezgodna z SIWZ, gdyż ceny jednostkowe za realizację Etapu I i Etapu II Fazy B+R wskazane w tabeli G.1 oraz ceny jednostkowe Pojazdów wszystkich kategorii wskazane w tabeli G.2 przekraczają limity cen ustanowione w pkt. 18.4 i 18.5 SIWZ.

2. Omyłkę polegającą na podaniu ceny łącznej Zamówienia (suma Fazy B+R i Fazy Wdrożeniowej) w tabeli G.3 formularza ofertowego, która nie stanowi sumy kwot wskazanych w tabeli G.1 i G.2 można uznać za oczywistą omyłkę rachunkową. Jednakże poprawienie przedmiotowej omyłki musiałoby prowadzić do przeliczenia łącznej wartości oferty wg. wskazanych cen jednostkowych (zgodnie z dyspozycją pkt. 18.11 SIWZ), a zatem do skorygowania wartości wskazanej w Tabeli G.3., tj. kwoty 3.119.956.500 PLN brutto na wartość stanowiącą sumę wartości Tabeli G.1 i Tabeli G.2 (29.661.450 PLN brutto + 5.170.031.448,00 PLN brutto), tj. na kwotę wynoszącą 5.199.692.898 PLN brutto. Niemniej, poprawienie oferty Konsorcjum XA w taki sposób, nie doprowadzi do jej konwalidacji, albowiem wskazane w niej ceny jednostkowe przekraczają dopuszczalne w SIWZ limity.

3. Ewentualne poprawienie omyłki w ofercie Konsorcjum XA, polegające na dokonaniu korekty cen jednostkowych wskazanych w tabelach G.1 i G.2 w taki sposób, by nie przekraczały one ustalonych limitów i jednocześnie pozwalały na otrzymanie ceny łącznej wskazanej w tabeli G.3, jest niedopuszczalne z uwagi na treść art. 87 ust. 1 pkt. 1-3 pzp (uwaga kontr. art. 87 ust. 2 pkt 1-3 pzp). Oferta Konsorcjum XA powinna zatem ulec odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp jako niezgodna z treścią SIWZ.

4. W tabeli G.4 formularza ofertowego XB brak jest wyceny Wyposażenia Dodatkowego. Powyższe powoduje, iż oferta taka pozostaje niezgodna z SIWZ (nie zawiera wszystkich obligatoryjnych jej elementów o jakich mowa w pkt. 14. 4.1 SIWZ). Przedmiotowe uchybienie nie może ulec uzupełnieniu lub poprawieniu (z uwagi na treść art. 87 ust. 1 i ust. 2 pzp).

5. Jednocześnie brak jest jednoznacznych podstaw do uznania, że brak podania ceny w tabeli G.4 formularza ofertowego jest równoznaczny z jej ustaleniem na poziomie 0 PLN lub jako cenę wyższą niż 0 PLN, ale zawierającą się w cenach Pojazdów wskazanych w tabeli G.2. Gdyby jednak nawet przyjąć takie założenie, to oferta i tak pozostawałaby niezgodna z SIWZ, albowiem: (i) zapisy SIWZ wyraźnie zakazują ustalania ceny jako 0 PLN oraz (ii) zawarcie ceny Wyposażenia Dodatkowego w Cenie Pojazdu jest niezgodne z wymogami SIWZ nakazującymi odrębne wskazanie tych wartości.

6. Wybór w Postępowaniu oferty podlegającej odrzuceniu nie kreuje istotnych ryzyk dla NCBR (poza zakwestionowaniem wyboru oferty przez wykonawców toku postępowania odwoławczego przed KIO lub wytknięciem uchybień przez Prezesa UZP w toku kontroli uprzedniej), zwłaszcza, że do dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający może samodzielnie unieważnić czynność wyboru oferty/ofert

najkorzystniejszych, powtórzyć czynność oceny i odrzucić wadliwe oferty.

7. Niemniej zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z Wykonawcami kreuje dla NCBR istotne ryzyka. W szczególności nie można wykluczyć możliwości postawienia osobie obowiązanej do zajmowania się sprawami majątkowymi NCBR (w szczególności Dyrektorowi NCBR, względnie jego zastępcom) zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 296 §1 kk lub 296 § 1a kk, ewentualnie zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 231 § 1 kk, w szczególności (choć nie wyłącznie), jeśli na NCBR zostanie nałożona korekta finansowa w związku z niewłaściwym wydatkowaniem środków unijnych (ii) nałożenia korekty na NCBR związanej z niewłaściwym wydatkowaniem środków unijnych do 25% wartości wydatkowanych środków, (iii) wszczęcia wobec Dyrekcji NCBR postępowania o naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 17 ust. 1 lit. c udfp oraz (iv) możliwości wszczęcia postępowania sądowego o unieważnienie umów zawartych z Wykonawcami (art. 146 ust. 1 pkt 6 PZP), a nadto, (v) ryzyka związanego z ewentualną odpowiedzialnością odszkodowawczą NCBR względem Miast, wynikającą z zawartych z nimi porozumień w/s wspólnego prowadzenia Postępowania”;

Natomiast w opinii sporządzonej przez kancelarię XE z dnia 03.12.2018 r. wskazano m.in.:
„Wskazane kierunki działania zamawiającego powinny być osiągnięte za pomocą istniejących instytucji prawnych wynikających z PZP oraz przepisów k.c. (zgodnie z art. 14 ust. 1 PZP do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się co do zasady przepisy k.c.). Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest bowiem czynnością prawną, która podlega regułom wykładni (w szczególności regułom wynikającym z treści art. 65 k.c.). Brzmienie przepisu art. 87 ust. 1 PZP wskazuje wprost, że zamawiający może zażądać od wykonawców (oferentów) wyjaśnień odnośnie złożonych przez nich ofert, przy czym wyjaśnienia te muszą ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast rozszerzać ani ograniczać złożonej oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP zamawiający może poprawić m.in. (inne niż rachunkowe oraz pisarskie) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (niepowodujące istotnych zmian w treści oferty).

Trzeba przy tym pamiętać, że treścią oferty (podobnie jak treścią każdego oświadczenia woli) nie jest jej literalne brzmienie, lecz jej rzeczywista (materialna) treść ustalona wskutek przeprowadzonej wykładni.

Zgodnie z informacjami uzyskanymi od NCBR nieprawidłowości w ofertach polegają na tym, że:

- 1) w ofercie Konsorcjum — istnieje rozbieżność między ceną łączną zamówienia (w wysokości 2.536.550.000,00 zł, która odpowiada warunkom SIWZ) a cenami cząstkowymi*

wskazanymi za poszczególne elementy realizowane w ramach Postępowania NCBR, które po zsumowaniu przewyższałyby limity określone w SIWZ;

2) w ofercie XB — znajduje się niewypełniona tabela, która powinna zawierać ceny poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego pojazdów.

Za kwalifikacją wskazanych nieprawidłowości jako omyłek (niezamierzonych błędów w wyrażaniu treści oświadczenia woli przez oferentów, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP (tj. innych niż pisarskie i rachunkowe omyłki polegające na niezgodności ze SIWZ) przemawia to, że NCBR kierując się regułami wykładni oświadczeń woli nie powinno z góry zakładać, że zamiarem profesjonalnych podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia byłoby sporządzenie ofert w taki sposób, że powinny być one wykluczone z postępowania.

Dokonując wykładni oświadczeń woli należy stosować zgodnie z jednolitym stanowiskiem krajowej i międzynarodowej doktryny prawa cywilnego reguły wykładni życzliwej oświadczeniu woli. Z istoty oświadczenia woli wynika bowiem, że jest ono składane po to, aby wywołać określone skutki prawne. Oświadczenia woli (tu: oferta Konsorcjum oraz oferta PŚ) należy zatem tak tłumaczyć, aby wywoływały one skutki prawne w możliwie pełnym zakresie objętym treścią oświadczenia woli i aby uniknąć potrzeby eliminacji takiego oświadczenia woli z obrotu (innymi słowy uznania go za niewiążące). (...)

Jednocześnie należy wskazać, że ostatecznym sposobem na usunięcie wątpliwości w zakresie wykładni ofert sporządzonych przez Konsorcjum oraz PŚ będzie dokonanie wykładni autentycznej tych ofert (tj. otrzymanie od oferentów oświadczeń wskazujących na prawidłowe rozumienie złożonych poprzednio oświadczeń woli). Za pomocą wykładni autentycznej dokonanej bezpośrednio przez oferentów, NCBR uzyska pewność, że rozumienie przez NCBR ofert jest zgodne z rzeczywistą wolą oferentów. Uzyskanie przez NCBR wykładni autentycznej otrzymanych ofert dopuszczalne jest na podstawie art. 87 ust. 1 PZP (zob. pkt poniżej 17).

W świetle przedstawionych powyżej zasad wykładni oświadczeń woli, poprawa oferty Konsorcjum przez NCBR w sposób opisany w pkt. 13 powyżej nie spowoduje w sensie materialnoprawnym zmiany treści tej oferty (a tym bardziej istotnej zmiany). Wynika to z okoliczności, że mimo zmiany cen częściowych, łączna cena płaćta wykonawcy (a więc kluczowy element świadczenia, który podlega ocenie przez zamawiającego) pozostanie niezmienną. Wykonawca wskutek zmiany brzmienia oferty nie będzie uprawniony do żądania jakiegokolwiek dodatkowego wynagrodzenia (ani także nie będzie uprawniony do wynagrodzenia niższego). Czynność zamawiającego będzie sprowadzać się wyłącznie do usunięcia wewnętrznej niespójności zawartej w ofercie.

Z kolei zmiana oferty PŚ w sposób opisany w pkt. 13 powyżej, nie spowoduje zmiany treści tej oferty (a tym bardziej istotnej zmiany). Zmiana ta stanowiła będzie bowiem wyłącznie

dookreślenie oświadczenia woli PŚ w dokumencie oferty poprzez doprecyzowanie cen za elementy wyposażenia pojazdów. Będzie ona miała zatem wyłącznie charakter deklaratoryjny, tj. potwierdzający treść oświadczenia woli złożonego przez PŚ, nie zaś konstytutywny (kształtujący).

Dział Prawny NCBR w opinii sporządzonej w dniu 26.11.2018 wskazał:

„1. Przy analizie rozbieżności w ofertach wzięto pod uwagę specyfikę trybu partnerstwa innowacyjnego, w jakim prowadzone jest zamówienie. Ze względu na kluczowe i centralne znaczenie w postępowaniu fazy badawczo-rozwojowej, a także nietypową na skalę krajową oraz unijną skalę przedsięwzięcia, konieczne wydaje się, by w granicach przepisów prawa powszechnie obowiązującego, łagodzić rygoryzm reżimu zamówień publicznych.

2. Proinnowacyjne podejście NCBR jako zamawiającego powinno być skupione m.in. na zapewnieniu jak najszerszej konkurencji w postępowaniu. Także cel postępowania, ze wszystkimi jego implikacjami (pobudzenie gospodarki, ochrona środowiska, rzeczywista implementacja przepisów dot. elektromobilności, wsparcie innowacji) oraz jego konstrukcja (specyficzne zasady selekcji wykonawców w trakcie trwania Fazy Badawczo-Rozwojowej) sugeruje, że kluczowe dla prawidłowej realizacji Programu jest istnienie konkurencji wśród wykonawców,

3. Rozpatrując także stosunek postanowień SIWZ do rozbieżności występujących w ofertach konsorcjum z XA jako Liderem i XB należy mieć na uwadze także ogólne dyrektywy wykładni oświadczeń woli. Zgodnie z art. 14 ust. 1 PZP do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się co do zasady przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. (dalej: „KC”). Zastosowanie znajdzie zatem art. 65 KC, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

4. Art. 87 ust. 1 PZP wskazuje, że zamawiający może zażądać od wykonawców wyjaśnień odnośnie złożonych przez nich ofert, przy czym wyjaśnienia te muszą ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast rozszerzać ani ograniczać złożonej oferty.

5. Zasadnym może wydawać się w takim razie skorzystanie przez Zamawiającego z możliwości wezwania konsorcjum z XA jako Liderem i XB do złożenia wyjaśnień, a następnie, w zależności od treści złożonych wyjaśnień, poprawienia omyłek. Nie wydaje się bowiem prawidłowe uznawanie z góry, by dwa profesjonalne podmioty miały **zamiar** złożyć oferty podlegające w swoim założeniu odrzuceniu.

6. Ze względu na to, że zidentyfikowane w ofercie rozbieżności budzą wątpliwości Zamawiającego (vide protokół Komisji Przetargowej z dnia 28 listopada 2018 r. i zawarty w niej wniosek o wydanie opinii przez biegłych merytorycznych ds. prawnych), zgodnie z art. 87 ust. 1 PZP, wydaje się celowym wezwanie Wykonawców do złożenia wyjaśnień poprzez zadanie

im pytania, czy zidentyfikowane w złożonych ofertach rozbieżności są wynikiem omyłki.

7. Zgodnie z art. 87 ust. 2 PZP zamawiający może poprawić **oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a także inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.**

8. W przypadku odpowiedzi twierdzącej Wykonawców, w których ofertach zidentyfikowane zostały rozbieżności i uznaniu kolejno przez Zamawiającego tych rozbieżności za omyłki, **poprawienie tych omyłek, a w konsekwencji tego wprowadzenie zmian do ofert nie powinno zostać zakwalifikowane jako wprowadzanie istotnych zmian w treści ofert.**

9. W sytuacji przyjęcia odmiennej interpretacji przez pozostałych uczestników postępowania (mających uprawnienie do odwołania się do decyzji Zamawiającego o wybrze najkorzystniejszych ofert) lub organów kontrolujących prawidłowość postępowania **istnieje natomiast ryzyko uznania przez nie, że Zamawiający naruszył przepisy PZP, w taki sposób, że powinien był odrzucić oferty konsorcjum z XA jako Liderem oraz XB na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 PZP tj. ze względu na to, że treść tych ofert nie odpowiada treści SIWZ.**

10. Wówczas działania NCBR, jako Zamawiającego, mogą zostać zakwalifikowane jako naruszające przepisy PZP. Zgodnie z art. 200 ust. 2 pkt 7 PZP karze pieniężnej podlega (...) zamawiający, który dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy jeżeli naruszenie to ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wysokość kary ustala się w zależności od wartości zamówienia. W przypadku niniejszego zamówienia, zgodnie z art. 201 ust. 2 pkt 3 wysokość kary pieniężnej wynosi 150 000 złotych. Oznacza to, że kara może zostać nałożona wyłącznie wtedy, gdy dojdzie do wyboru najkorzystniejszej oferty.

11. Kolejnym z potencjalnych ryzyk, które w związku z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały przeanalizowane stanowiło również ryzyko ewentualnej odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dyrekcji NCBR, Kierownika Zamawiającego).

12. W odniesieniu do udzielania zamówień publicznych na potrzeby przygotowania niniejszej notatki w sprawie przeanalizowany został przepis art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dalej jako: „u.o.d.f.p.”). Przepis ten wskazuje przedmiotowy zakres odpowiedzialności za naruszenia w zakresie zamówień publicznych, wskazując kategorie działań po stronie osób odpowiedzialnych po stronie instytucji za prowadzenie zamówień publicznych, uznawanych za naruszające zasady wydatkowania środków publicznych, których dokonanie może skutkować poniesieniem przez te osoby odpowiedzialności, o której mowa w ww. ustawie.

13. Katalog działań po stronie Zamawiającego przed zawarciem umowy o udzielenie

zamówienia publicznego w art. 17 ust. 1 i 1a u.o.d.f.p. nie odnosi się do sytuacji braku odrzucenia oferty w postępowaniu, w sytuacji gdy zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty. 14. Należy jednak zwrócić uwagę na przepis art. 17 ust. 1 c in fine u.o.d.f.p., zgodnie z którym 1c. „Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1, 1b i 1ba [przyp. autorów - powołane jednostki redakcyjne nie wymieniają wprost działania polegającego na braku odrzucenia ofert w sytuacji gdy zachodziły przesłanki do ich odrzucenia w postępowaniu] jeżeli miało ono wpływ odpowiednio na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej”.

15. Wydaje się, że nie będzie się wiązało z odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, postępowanie Zamawiającego polegające na uznaniu przez niego po złożeniu ofert, że nie zachodzą wobec określonej oferty/ofert przesłanki odrzucenia w sytuacji, w której z uwagi na wartość tego postępowania przed zawarciem umowy o udzielenie zamówienia publicznego Prezes UZP prowadząc kontrolę uprzednią postępowania stwierdziłby, że jednak istniały podstawy do odrzucenia oferty, czy też obu ofert. W tym przypadku bowiem zachodziła będzie okoliczność wyłączająca tę odpowiedzialność, o której mowa w przytoczonym powyżej art. 17 ust. 1 c in fine u.o.d.f.p.”;

Pismami z dnia 06.12.2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał niżej wymienionych wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, tj.:

1. XB - w wyniku niewypełnienia tabeli G.4, która powinna zawierać ceny poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia, czy powyższe było wynikiem omyłki oraz, czy niewypełnienie tabeli z cenami poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego oznacza zaoferowanie przez wykonawcę poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego w cenie pojazdów;
2. konsorcjum XA - w wyniku rozbieżności pomiędzy:
 - limitami cen za realizację Etapu I i Etapu II Fazy B+R ustalonymi w SIWZ a cenami podanymi w ofercie,
 - limitami cen jednostkowych pojazdów wszystkich kategorii długości ustalonych w SIWZ a cenami podanymi w ofercie,
 - łączną ceną zamówienia podana w ofercie a wynikiem sumy cen za Fazę B+R i Fazę Wdrożeniową podanych w ofercie,zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia, czy powyższe było wynikiem omyłki oraz, czy zidentyfikowane rozbieżności oznaczają, że ceny za realizację Etapu I i II Fazy B+R i ceny jednostkowe pojazdów powinny zostać zrównane z limitami cenowymi wskazanymi w

SIWZ, tak aby były zgodne z łączną ceną zamówienia stanowiącą sumę cen za Fazę B+R oraz Fazę Wdrożeniową podaną w ofercie.

W pismach odpowiednio z dnia 11.12.2018 r. i 10.12.2018 r. ww. wykonawcy udzielili następujących wyjaśnień:

1. XB - niewypełnienie tabeli z cenami poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego oznacza zaoferowanie poszczególnych elementów wyposażenia dodatkowego w cenie pojazdów;
2. konsorcjum XA - kwota wpisana w tabeli G.3 „Łączna cena zamówienia stanowiąca sumę cen za fazę B+R i Fazę Wdrożeniową” została wpisana prawidłowo natomiast ceny jednostkowe pojazdów oraz ceny za realizację Etapu I i II Fazy B+R zostały wpisane w wyniku omyłki i powinny zostać zrównane z limitami cenowymi wskazanymi w SIWZ tak, aby były zgodne z łączną ceną zamówienia stanowiącą sumę cen za Fazę B+R oraz Fazę Wdrożeniową podaną w ofercie. Wykonawca wyraził zgodę na poprawienie przez zamawiającego omyłek rachunkowych w treści złożonej oferty w omawianym zakresie.

W pismach z dnia 12.12.2018 r. zamawiający zawiadomił niżej wymienionych wykonawców o dokonaniu następujących czynności:

- 1) wykonawcę XB poinformowano o stwierdzeniu w treści oferty oczywistych omyłek rachunkowych polegających na błędnym obliczeniu cen brutto wszystkich pojazdów wskazanych w tabeli G.2 formularza ofertowego dlatego, działając w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający uwzględnił konsekwencje rachunkowe i poprawił wartości podane w formularzu ofertowym;
- 2) konsorcjum XA poinformowano o stwierdzeniu w treści oferty innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujących istotnych zmian w ofercie, tj. w formularzu ofertowym w części G w tabeli G.1. Wycena Fazy B+R, w tym cena za każdy z Etapów Fazy B+R w kolumnie cena netto [PLN] w pozycji B₁, B₂ i B oraz w tabeli G.2. Wycena Fazy Wdrożeniowej, w tym ceny jednostkowe i ilość Pojazdów o określonej długości w kolumnach cena jednostkowa netto Pojazdu [PLN] w pozycji Pojazd 10 m, Pojazd 12 m, Pojazd 18 m wskazano wartości niezgodne z limitami określonymi w SIWZ, dlatego działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawił wartości podane w formularzu ofertowym we wskazanych kolumnach oraz w kolumnie cena brutto [PLN] w tabeli G.1 i w kolumnach cena brutto [PLN], łączna wartość brutto [PLN].

Jednocześnie zamawiający zwrócił się do wykonawców z prośbą o wyrażenie zgody na poprawienie omyłek w ofercie.

W piśmie z dnia 12.12.2018 r. wykonawca konsorcjum XA poinformował o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłek, o których mowa w piśmie z dnia 12.12.2018 r.

W konsekwencji zamawiający uznał oferty złożone przez konsorcjum XA oraz XB za zgodne z treścią SIWZ, a następnie pismem z dnia 18.12.2018 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszych ofert złożonych przez wykonawców:

1. XB,
2. konsorcjum XC,
3. konsorcjum XC.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Z kolei w myśl art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 380 ze zm.), ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada SIWZ. Zatem oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która nie odpowiada wymogom sporządzenia oferty przewidzianym w opisie sposobu przygotowania oferty. W niniejszym postępowaniu Opis sposobu przygotowania oferty zawarty został w pkt 14 SIWZ.

Z dokumentacji postępowania wynika, że w ofercie konsorcjum XA zaistniały rozbieżności kwot wynikających z zsumowania kwot wskazanych w tabeli G.1 (tj. 29.661.450,00 zł) i G.2 (tj. 5.170.031.448,00 zł) oraz kwoty stanowiącej łączną cenę zamówienia, wskazanej w tabeli G.3 (3.119.956.500,00 zł).

Stosownie do treści art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany do poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych. Co do obowiązku i oceny omyłki jako oczywistej Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się m.in. w wyroku z dnia 24.04.2018 r. (KIO 624/18, KIO 645/18) „Należy zważyć, iż poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych jest obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym wprost z ww. przepisu ustawy Pzp, niezależnym od jego arbitralnej decyzji. Oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu”.

Tym samym zamawiający był zobowiązany do przeliczenia łącznej wartości oferty stosownie do treści SIWZ zawartej w pkt 18.11, zgodnie z którym „*W razie rozbieżności Zamawiający w celu poprawienia omyłek rachunkowych przyjmie za prawidłowe jednostkowe ceny netto wskazane przez Wykonawcę w formularzu ofertowym oraz wskazaną stawkę podatku VAT*”.

Zatem zamawiający miał obowiązek zsumowania kwot wskazanych w tabeli G.1 i G.2, co prowadziło do uzyskania kwoty wynoszącej 5.199.692.898,00 zł.

Tym samym zamawiający dokonując zmiany cen jednostkowych podanych w tabeli G.1 i G.2, dokonał istotnej zmiany treści oferty złożonej przez konsorcjum XA, naruszając art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym „*W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*”

Ponadto, należy zauważyć, że oferta złożona przez konsorcjum XA jest niezgodna z pkt 18.4 i 18.5 SIWZ w zakresie limitów cen dla poszczególnych Etapów Fazy B+R oraz limitów cen Pojazdów o zasięgu 120 km w Fazie Wdrożeniowej.

W związku z powyższym zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty konsorcjum XA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z treścią pkt 18.6 SIWZ, zgodnie z którym zamawiający w przypadku zaoferowania cen wyższych niż limity określone w pkt 18.4 i 18.5 SIWZ odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do oferty złożonej przez XB należy zauważyć, że w złożonej ofercie wykonawca nie uzupełnił tabeli G.4 „Cena poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego”, stanowiącej element obligatoryjny oferty.

Z treści pkt 14.4.1 SIWZ wynika m.in., że „*Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:*

1) *Formularz ofertowy (wypełniony i podpisany) – do wykorzystania wzór (druk), stanowiący Załącznik Nr 3 do SIWZ z zastrzeżeniem punktu 14.2. W przypadku niekorzystania z ww. druku, oferta musi zawierać wszystkie elementy wskazane we wzorze stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ (...).*”

Tym samym skoro zamawiający wymagał aby oferta złożona w innej formie niż Formularz ofertowy, stanowiący Załącznik nr 3 do SIWZ, zawierała wszystkie elementy wskazane we wzorze Formularza oferty, tym bardziej na wykonawcy ciążył obowiązek zawarcia wszystkich niezbędnych elementów w ofercie złożonej na wzorze formularza ofertowego.

Jednocześnie zamawiający zastrzegł w pkt 18.13 SIWZ, że „Każda z cen musi być wyższa od 0”.

Tym samym niemożliwe jest przyjęcie założenia, że wykonawca XB nie wypełniając tabeli G.4 zamierzał zaproponować cenę na poziomie 0 zł. Takie działanie wykonawcy byłoby niezgodne z zapisami SIWZ, zakazującymi ustalenie ceny na poziomie 0 zł.

Jednocześnie niemożliwe jest założenie, że wykonawca nie wypełniając tabeli G.4 zawarł ceny poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego w cenie pojazdu. Powyższe potwierdza m.in. treść art. 11 istotnych postanowień umowy „Wynagrodzenie partnera za dostawę pojazdów” § 4, który przewiduje odbiór pojazdów przewidzianych do nabycia w ramach dostawy w wersji podstawowej lub dostaw w wersji z wyposażeniem dodatkowym. Powyższe nie pozwala na uznanie, że cena pojazdu z wyposażeniem dodatkowym jest tożsama z ceną pojazdu w wersji podstawowej, przy jednoczesnym założeniu, że każda z cen, w tym również elementów wyposażenia dodatkowego, musi być wyższa od 0 zł.

W związku z powyższym zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę XB na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z tym, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym, mając na uwadze, iż wykonawcy konsorcjum XA i XB złożyli oferty niezgodne z treścią SIWZ, stwierdzić należy, iż oferty ww. wykonawców podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaniechanie powyższego stanowi naruszenie ww. przepisu ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem oferty ww. wykonawców zostały uznane za oferty najkorzystniejsze.

Zalecenia usunięcia naruszeń:

W związku z tym, że oferty złożone przez konsorcjum XA oraz przez wykonawcę XB zostały wybrane jako oferty najkorzystniejsze w kontrolowanym postępowaniu, Prezes Urzędu zaleca zamawiającemu dokonać unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w stosunku do wyboru oferty złożonej przez konsorcjum XA oraz oferty złożonej przez wykonawcę XB. Następnie Prezes Urzędu zaleca odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum XA oraz oferty złożonej przez wykonawcę XB na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 171a ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.