

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 5 lutego 2019 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 7 stycznia 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

**Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, Miasto Bydgoszcz, Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Częstochowie, Gmina Miasto Gdynia, Gmina Miasto Jaworzno, Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej w Jaworznie, Gmina Miejska Kraków, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Krakowie, Miasto Krosno Miejska Komunikacja Samochodowa w Krośnie KZK GOP w Katowicach, Gmina Lublin, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji w Lublinie, Miasto Łomża, Gmina Miejska Mielec, Miejska Komunikacja Samochodowa w Mielcu, Miasto Nowy Sącz, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Nowym Sączu, Gmina-Miasto Płock, Komunikacja Miejska Płock w Płocku, Gmina Miasto Rzeszów, Miasto Siedlce, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Siedlcach, Miasto Sieradz, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacji w Sieradzu, Miasto Sosnowiec, Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej w Sosnowcu, Gmina Starachowice, Miejski Zakład Komunikacyjny w Starachowicach, Gmina Miasto Szczecin, Szczecińskie Przedsiębiorstwo Autobusowe, Miasto Tczew, Miasto Tomaszów Mazowiecki, Miejski Zakład Komunikacyjny w Tomaszowie Mazowieckim, Gmina Miasto Toruń, Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu, TLT sp. z o.o, Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o. w Warszawie, Gmina Miasto Wejherowo, Miejski Zakład Komunikacji Wejherowo Sp. z o.o., Gmina Wrocław, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne, Gmina Zakliczyn, Urząd Miejski w Zakliczynie, Miasto Żyrardów, reprezentowane przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, dalej „Narodowe Centrum Badań i Rozwoju”**

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 31 grudnia 2018 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *opracowanie i dostawa typoszeregu innowacyjnych pojazdów bezemisyjnego transportu publicznego*

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący:** **Anna Osiecka**

**Członkowie:** **Katarzyna Odrzywolska**

**Marzena Ordysińska**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego – Narodowe Centrum Badań i Rozwoju do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

#### **Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych prowadził kontrolę uprzednią prowadzonego przez zamawiającego – Narodowe Centrum Badań i Rozwoju zamówienia publicznego pn. *opracowanie i dostawa typoszeregu innowacyjnych pojazdów bezemisyjnego transportu publicznego*, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2018 r. pod numerem 2018/S 001-000183.

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP wskazał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

W ramach tego naruszenia w informacji o wyniku kontroli uprzedniej wskazano, że 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 zaferowania 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 SWZ”.

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

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

Konsorcjum XA 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.

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 podaną 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: XB, konsorcjum XC oraz konsorcjum XA.

W informacji o wyniku kontroli wskazano, 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. 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 prowadziłoby do uzyskania kwoty wynoszącej 5.199.692.898,00 zł. Zamawiający dokonując zmiany cen jednostkowych podanych w tabeli G.1 i G.2, dokonał istotnej zmiany treści oferty złożonej przez konsorcjum XA, naruszając art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, kontrolujący zauważał, 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 zaofiarowania 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 kontrolujący podnosił, że w złożonej ofercie wykonawca nie uzupełnił tabeli G.4 „Cena poszczególnych elementów katalogu wyposażenia dodatkowego”, stanowiącej element obligatoryjny oferty. Skoro zamawiający wymagał, zgodnie z pkt 14.4.1 SIWZ, 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.

Równocześnie 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.

Reasumując, zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę XB na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, bowiem 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, stwierdzono, iż oferty ww. wykonawców podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaniechanie powyższego stanowi naruszenie ww. przepisu ustawy Pzp. Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, gdyż oferty ww. wykonawców zostały uznane za oferty najkorzystniejsze.

Zamawiający złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli nie zgadzając się z ustaleniem kontroli o dopuszczeniu się ww. naruszenia. Podtrzymał swoje wcześniejsze stanowisko, zgodnie z którym w ofercie złożonej przez konsorcjum XA doszło do omyłki przy podanych

cenach. Zamawiający nie zakwalifikował jednak tej omyłki jako „oczywistej omyłki rachunkowej” lecz jako „inną omyłkę” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp twierdząc, iż „Uznanie przedmiotowej omyłki za rachunkową jest nie do przyjęcia z dwóch względów. Po pierwsze, celem i funkcją przepisów dotyczących poprawy omyłek, o jakich mowa w art. 87 ust. 2 PZP, jest łagodzenie formalizmu PZP, a w konsekwencji ratio legis tych przepisów jest doprowadzenie do konwalidacji oferty, a nie jej odrzucenia. Po drugie, uznanie przedmiotowej omyłki za oczywistą omyłkę rachunkową prowadziłyby do wniosku, iż Wykonawca celowo złożył ofertę sprzeczną z treścią SIWZ.” Zamawiający podniósł, że „prawidłowym punktem odniesienia przy ocenie ofert jest założenie o racjonalności wykonawcy i przyjęcie, że jego intencją nie było składanie oferty sprzecznej z SIWZ”. Powoływał się na wyrok KIO z dnia 28 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1388/14, wyrok z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. akt: 2785/12 oraz wyrok z dnia 5 kwietnia 2013 r. sygn. akt: KIO 665/13.

W konsekwencji Zamawiający uznał, iż „przyjęcie, że wewnętrzna niespójność SIWZ powinna zostać potraktowana jako oczywista omyłka rachunkowa, której poprawienie nieuchronnie prowadzi do odrzucenia oferty wykonawcy, stanowiłoby działanie sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego i założeniem o racjonalności działania profesjonalnego wykonawcy. Nie sposób bowiem uznać za oczywiste, że wolą Konsorcjum było złożenie oferty niezgodnej z SIWZ.” Zamawiający wskazał, że „Powyższe wspierają również reguły wykładni oświadczeń woli wynikające z art. 65 k.c., doprecyzowane i rozwinięte w judykaturze i doktrynie.” Jako przykład wskazał na tzw. dyrektywę życzliwej interpretacji wykształconą w orzecznictwie Sądu Najwyższego Z perspektywy oceny ofert dokonywanej przez Zamawiającego zgodnie z kryteriami oceny ofert, najistotniejszym elementem ofert branych pod uwagę podczas tej oceny, którego porównanie we wszystkich ofertach pozwoliło na wskazanie oferty z najniższą ceną i przyznanie punktów w tym kryterium, była łączna cena zamówienia, a nie ceny zaoferowane za poszczególne elementy. Wątpliwości Zamawiającego nie dotyczyły zatem wyniku działania matematycznego, ale zagadnienia bardziej fundamentalnego dla oferty - jaką była w istocie treść oświadczenia woli konsorcjum. Jeśli zatem omyłka nie posiadała cechy „oczywistości” i jednocześnie prowadziła do sprzeczności oferty z SIWZ, zasadnym było sięgnięcie po instytucję opisaną w art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP.”

Zamawiający wyjaśnił, że „mając na uwadze nieoczywisty charakter rozbieżności w ofercie Wykonawcy, przed poprawieniem omyłki Wykonawcy, na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, NCBR jako podmiot publiczny zobligowany był do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień: „W każdym przypadku zamawiający jako zarządzający środkami publicznymi na cele publiczne, jest obowiązany dochować należytej staranności. Jeżeli więc poweźmie wątpliwości co do treści oferty, jest nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany do ich wyjaśnienia.”

Następnie Zamawiający wskazał, że „zmiana treści oferty nie miała charakteru istotnego, decyduje między innymi okoliczność, iż zmianie nie uległa maksymalna cena łączna zamówienia. Co więcej, wskazane w ofercie Konsorcjum ceny maksymalne nie będą ostatecznymi, bowiem w ramach wykonywania umowy o ustanowienie partnerstwa innowacyjnego, partnerzy dokonywać będą postępień, w ramach których oferować będą ceny niższe od maksymalnych (por. Załącznik nr 4 do IPU). W konsekwencji zatem, konkurencja (w tym konkurencja cenowa) pomiędzy wykonawcami została w przedmiotowym przetargu przesunięta z etapu postępowania na etap wykonywania umowy. W przypadku partnerstwa innowacyjnego zawieranego z wieloma partnerami innowacyjnymi zasada konkurencji i równego traktowania w równym stopniu co w postępowaniu o udzielenie zamówienia przeniesiona zostaje na etap realizacji umów o ustanowienie partnerstwa innowacyjnego.

Brak istotności zmiany wyraża się również w tym, że z uwagi na brzmienie pkt. 16.7 SIWZ już w momencie złożenia ofert oczywistym było, że Zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego ze wszystkimi Wykonawcami (o ile oferty te okażą się poprawne i prawnie wiążące, a ponadto osiągną minimalny wymagany limit punktów). W istocie zatem, poprawienie oferty nie naruszyło naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zasady konkurencyjności. Ponieważ każda ze złożonych ofert przekroczyła minimalny próg punktowy, de facto oferty nie były ze sobą porównywane. Odrzucenie oferty Konsorcjum nie wpływa zatem negatywnie na pozycję pozostałych wykonawców, w tym pozycję wykonawcy, którego oferta nie została odrzucona i z punktu widzenia zachowania zasady równego traktowania, stan ten jest porównywalny z sytuacją, w której oferta została złożona wyłącznie przez jednego wykonawcę. Jednocześnie, z uwagi na fakt, iż cena łączna podana w ofercie Wykonawcy była, zgodnie z SIWZ, maksymalną dopuszczalną ceną zamówienia, poprawienie cen jednostkowych mogło nastąpić tylko w jeden możliwy sposób (poprzez ustalenie, iż stanowią one wartości maksymalne wskazane w SIWZ).”

W konsekwencji Zamawiający stwierdził że „omyłka w ofercie Wykonawcy powinna być zostać uznana za inną omyłkę w rozumieniu art 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Tak jak to zostało wyżej wskazane, niemożliwe było zakwalifikowanie jej jako oczywistej omyłki rachunkowej, ze względu na brak przymiotu oczywistości przez wątpliwości co do rzeczywistej treści oferty. Wyjaśnienia uzyskane od konsorcjum pozwoliły za to ustalić tę rzeczywistą treść oferty. Spełnione zostały wszystkie przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP: omyłka nie mogła zostać uznana za oczywistą omyłkę pisarską, ani oczywistą omyłkę rachunkową; omyłka polegała na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, treść oferty została zmieniona w stopniu nieistotnym (nastąpiło uzgodnienie pewnych elementów oferty z treścią

prawidłowo rozumianego i potwierdzonego oświadczenia woli Konsorcjum). (. . .). Zamawiający uznał, że miał obowiązek poprawić ofertę, a w wyniku jej poprawienia oferta stała się zgodna z siwz”.

W odpowiedzi natomiast na zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę XB Zamawiający wskazał, iż „Założenie Prezesa UZP o zaoferowaniu przez Wykonawcę kwoty 0 zł za elementy Wyposażenia Dodatkowego jest błędne. Niewątpliwie, uwzględnienie ceny za Wyposażenie Dodatkowe w cenie Pojazdu nie świadczy o tym, że wynagrodzenie to jest równe 0 zł. Jest wręcz oczywistym, że koszty takiego wyposażenia (choć niewysokie) nie wynoszą 0 zł. Należy raczej przyjąć, że koszty te były na tyle niskie i pomijalne przy wartości samego Pojazdu, że Wykonawca doszedł do przekonania, że nie będzie za nie naliczać odrębnego wynagrodzenia, a zatem zrównał wartość wynagrodzenia za Pojazd oraz wynagrodzenia za Pojazd z Wyposażeniem Dodatkowym. Powyższe wynika z korespondencji prowadzonej między Zamawiającym a XB. XB nie wskazała bowiem, że cena za Wyposażenie Dodatkowe wynosi 0 zł, a wskazała jedynie, że wynagrodzenie to zostało ujęte w cenie Pojazdu”.

W opinii Zamawiającego „żaden przepis SIWZ nie wskazywał, że cena Pojazdu w wersji podstawowej nie może być równa cenie Pojazdu z Wyposażeniem Dodatkowym.” Ponadto w przypisie nr 8 wskazano, że „Przywołana w wynikach kontroli okoliczność, że z Istotnych Postanowień Umowy Wdrożeniowej wynika, że Pojazdy w Wersji Podstawowej oraz Pojazdy w Wersji z Wyposażeniem Dodatkowym nie mogą zostać wycenione jednakowo jest kontrfaktyczna. Art. 10 § 3 pkt 4 Istotnych Postanowień Umowy Wdrożeniowej przewiduje sytuację, w której Nabywcy Pojazdów będą zapewniać poszczególne urządzenia i rozwiązania stanowiące elementy Wyposażenia Dodatkowego we własnym zakresie i na swój koszt. W takiej sytuacji montaż tych elementów zawarty jest w cenie Pojazdu i nie będzie różnicy pomiędzy ceną Pojazdów w Wersji Podstawowej oraz Pojazdów w Wersji z Wyposażeniem Dodatkowym. W opinii Zamawiającego Sugerowane rozbieżności na ceny Pojazdu i ceny Wyposażenia Dodatkowego należy zatem uznać za jedną z możliwych form prezentacji oferty Wykonawcy, a nie za wiążący wymóg o charakterze merytorycznym.” Zamawiający powoływał się na wyrok KIO z dnia 2.05.2018 r., sygn. akt: KIO 747/18, wyrok KIO z dnia 13.04.2018 r., sygn. akt: KIO 588/18 oraz wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 2739/17.

W podsumowaniu Zamawiający wyraził przekonanie „iż oferta XB: (i) uwzględnia w cenie wartość Wyposażenia Dodatkowego (iii) jej treść, tj. zakres, jakość świadczenia i sposób jego wykonania jest zgodny z wszelkimi wymogami SIWZ Zamawiający zwrócił uwagę na cel, w jakim zawarty został w SIWZ pkt 18.13, zgodnie z którym „Każda z cen musi być wyższa od 0”. Zamawiający wyjaśnił, że „przy opracowywaniu dokumentacji postępowania przewidywał

szeroką konkurencję w postępowaniu (do Etapu I Fazy B+R miało zostać zakwalifikowanych do 30 wykonawców, stąd ofert mogło być znacznie więcej). W związku z tym w SIWZ przewidziany został pkt 18.13, który miał eliminować sytuacje, w których poszczególni wykonawcy, stosując nieuczciwe praktyki rynkowe, deklarowaliby w ofertach ceny 0 zł za poszczególne Etapy Fazy B+R lub Pojazdy, przy jednoczesnym nieuzasadnionym zwiększeniu cen w innych pozycjach - w oderwaniu od warunków rynkowych - celem uzyskania korzystniejszej oceny w ramach kryterium ceny. Co jednak najistotniejsze, przedmiotowy zapis zawarty został w punkcie 18 SIWZ który w ogóle nie odnosi się do wyceny Wyposażenia Dodatkowego (vide pkt 18.1-18.5 SIWZ) Przedmiotowy punkt traktuje wyłącznie o cenach za poszczególne Fazy B+R oraz poszczególne kategorie Pojazdów. Brak w tym punkcie jakiegokolwiek odniesienia do cen za Wyposażenie Dodatkowe. Intencja Zamawiającego stojąca za zakazem deklarowania ceny 0 zł odnosiła się zatem wyłącznie do cen za Etapy Fazy B+R oraz Pojazdy w Fazie Wdrożeniowej. Jedyny zapis odnoszący się do wyceny Wyposażenia Dodatkowego znajduje się w pkt. 19.5 SIWZ i wskazuje on, że cena za Wyposażenie Dodatkowe będzie podlegała ocenie z uwagi na przepisy dotyczące nieuczciwej konkurencji. W punkcie tym brak jednak zastrzeżenia, że Cena Wyposażenia Dodatkowego powinna wynosić więcej niż 0 zł". Na zakończenie Zamawiający podkreślał charakter i wagę niniejszego zamówienia, a także specyfikę trybu partnerstwa innowacyjnego.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa UZP, który podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Prezes UZP stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodziły podstawy do uznania, że wykonawcy XA i XB złożyli oferty zgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym niepodlegające odrzuceniu. Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, że Prezes Urzędu wywnioskował, iż wolą konsorcjum XA było złożenie oferty niezgodnej z SIWZ należy uznać za bezzasadne. W informacji o wyniku kontroli nie kwestionowano bowiem intencji wykonawcy konsorcjum XA, jaką było złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu, to jest zgodnej z SIWZ. Biorąc pod uwagę treść pkt 18.11 SIWZ oraz okoliczności postępowania należy uznać, że oferta złożona przez konsorcjum XA zawierała omyłkę rachunkową, a nie jak twierdzi Zamawiający, w złożonych zastrzeżeniach, inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co nie wymaga głębszych rozważań. Treść pkt 18.11 SIWZ wprost wskazuje sposób postępowania w sytuacji, gdy w oferta zawiera oczywiste omyłki rachunkowe. Każde postępowanie odmienne od wskazanego ww. pkt SIWZ stanowi naruszenie SIWZ oraz zasad uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego zawartych w zastrzeżeniach do wyniku kontroli uprzedniej w zakresie oferty XB, że Prezes Urzędu błędnie zinterpretował

zaoferowanie autobusów w wersji podstawowej oraz pojazdów w wersji z wyposażeniem dodatkowym w tej samej cenie, ponieważ jak twierdzi Zamawiający w świetle treści art. 10 §3 pkt 4 Istotnych Postanowień Umowy Wdrożeniowej, taka możliwość była dozwolona, Prezes UZP wskazał, że w dokumentacji postępowania doręczonej Prezesowi Urzędu oraz zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego brak jest ww. punktu. Co więcej, niezłączenie wraz z ofertą tabeli G.4. miało istotny wpływ na ocenę oferty pod względem zachowania zasad uczciwej konkurencji, o czym mowa w pkt 19.5 SIWZ, co potwierdził zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli uprzedniej. Jak już podniesiono w informacji o wyniku kontroli w treść art. 11 Wynagrodzenie partnera za dostawę pojazdów § 4, przewidziano 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. Powyższe potwierdza sposób w jaki Zamawiający w rozdziale XI — Definicje, w art. 32 § 7 i 8 wzoru umowy, zdefiniował pojęcie „ceny pojazdu” oraz „ceny za wyposażenie dodatkowe” wskazując, iż: Cena Pojazdu — oznacza należne Partnerowi za dostarczenie Pojazdu na rzecz danego Nabywcy Pojazdu jednostkowe wynagrodzenie netto w złotych polskich, odpowiadające Cenie Ostatecznej Pojazdu ustalonej zgodnie z postanowieniami Umowy B+R. Cena Pojazdu zawiera w sobie cenę Ładowarki, o ile Ładowarka jest wymagana Umową. O ile wyraźnie nie zastrzeżono inaczej, „Cena Pojazdu” oznacza jednostkowe wynagrodzenie za Pojazd danej kategorii długości w Wersji Podstawowej; Cena za Wyposażenie Dodatkowe — oznacza dodatkowe — względem Ceny Pojazdu — wynagrodzenie netto w złotych polskich należne Partnerowi za zastosowanie w Pojeździe danego elementu Wyposażenia Dodatkowego, ustalone w wyniku realizacji Umowy B+R ,odpowiadające Cenie Ostatecznej za Wyposażenie Dodatkowe w przypadku danego elementu Wyposażenia Dodatkowego, ustalonej zgodnie z postanowieniami Umowy B+R.

W nawiązaniu do rozważań końcowych Zamawiającego o innowacyjności oraz wagi przedmiotowego zamówienia, a także nietypowości oraz specyfiki trybu partnerstwa innowacyjnego, podkreślono, że ww. aspekty nie mogą być realizowane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

**Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych**

**i Zamawiającego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.**

Izba podziela stanowisko kontrolującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego 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.

Odnosząc się do oferty złożonej przez konsorcjum firm: XA należy wskazać, że jeżeli oferta zawiera omyłki rachunkowe, które wynikają z nieprawidłowych działań matematycznych, to winny być poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a nie potraktowane jako inna omyłka, polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nadto, twierdzenia Zamawiającego na etapie zgłoszonych zastrzeżeń, że najistotniejszym elementem oferty brany pod uwagę podczas oceny była łączna cena zamówienia, a nie ceny zaoferowane za poszczególne elementy, są nieuprawnione biorąc pod uwagę treść pkt 18.11 SIWZ (z którego wprost wynika obowiązek przyjęcia, w razie rozbieżności, za prawidłowe jednostkowych cen netto). Zamawiający jest związany postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie może ich dowolnie zmieniać na etapie po złożeniu ofert, ani od nich odstępować. Takie działanie stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania zgodnie z regułami ustawy, przy poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji.

W zakresie zaś oferty XB Izba podziela w pełni argumentację Prezesa UZP, nadto wskazując że twierdzenia Zamawiającego jakoby jego intencja stojącą za zakazem deklarowania ceny 0 zł odnosiła się wyłącznie do cen za Etapy Fazy B+R oraz Pojazdy w Fazy Wdrożeniowej pozostają gołosłowne. Zamawiający nie uczynił takiego zastrzeżenia w SIWZ. Pomimo że autorem SIWZ jest Zamawiający, nieuprawnione byłoby twierdzenie, że po otwarciu ofert może nadinterpretować postanowienia dokumentacji postępowania. Dokumentacja na podstawie której wykonawcy przygotowują i składają oferty wiąże nie tylko tych wykonawców, ale również zamawiającego, który winien oceniać złożone oferty wyłącznie na podstawie postanowień, sprecyzowanych przed upływem terminu składania ofert. Izba nie odstępuje tu od akceptowanej od lat zasady, że wątpliwości interpretacyjne i niejasności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, jednak aby stwierdzić, że one zaistniały, należy wpieryw odnieść się do całokształtu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uznać, że wątpliwości takie można było powziąć

lub przyjąć inne rozumienie danych postanowień i wymogów. Natomiast tutaj taka sytuacja nie zaistniała.

Nie ma też podstawy do twierdzenia, że wykonawcy pozycję tę mogli wycenić w innych kosztach. Byłoby to niezgodne z samymi wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (nie była to pozycja fakultatywna), po drugie taki mechanizm mógłby zaburzyć późniejsze wzajemne rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą w przypadku rozwiązania umowy czy dokonywania częściowych płatności. Oferty tej nie można też skorygować w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wycena oferty niewątpliwie jest treścią oferty, o dużym znaczeniu merytorycznym, określającą istotny element świadczenia oferenta, podlegającą dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym niezgodność wyceny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że w dniu 24 stycznia 2019 r. wpłynęło pismo od Zamawiającego, który podnosił, że w przypisie 8 (znajdującym się w zastrzeżeniach z dnia 7 stycznia 2019 r.) omyłkowo odniósł się do art. 10 §3 pkt 4 IPUW zamiast do art. 10 §3 pkt 2a). Izba uznała, że omyłka ta nie ma wpływu na naruszenia wskazane w informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....