

WYROK

z dnia 22 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2018 r. przez wykonawcę **Arkena Sp. z o.o. ul. Migdałowa 4, 02-796 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Radio S.A., Al. Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **BCAST Sp. z o.o. ul. Rakowiecka 41/21, 02-521 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - **Arkena Sp. z o.o.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Arkena Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego - **Arkena Sp. z o.o.** na rzecz zamawiającego - **Polskie Radio S.A.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Polskie Radio S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „PZP”, postępowanie na świadczenie usług emisji programów Polskiego Radia w zakresie UKF-FM, Nr referencyjny: BP-DZP.B5.52.2017. Postępowanie zostało podzielone na zadania. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych na jedno lub więcej zadań objętych przedmiotem zamówienia.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S/ 243-506878. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 27 kwietnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty podając m.in., iż w zadaniach 9, 22, 23 i 25 za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę BCAST Sp. z o.o. (dalej: „BCAST”).

W dniu 7 maja 2018 r. wykonawca Arkena Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w zadaniach nr 9, 22, 23 oraz 25 oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj.:

- 1) dokonania uzupełnienia braków oferty BCAST, mimo że braki te nie były żadnymi omyłkami i nie mogły być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty BCAST i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ BCAST nie wypełnił ponad 60%, a w części informacji o cenach - blisko 70% wymaganych do wypełnienia rubryk formularza oferty,
- 3) zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący zarzucił powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego naruszenia przepisów ustawy Pzp, które, według jego oceny, miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w zadaniach nr 9, 22, 23 oraz 25 tj.:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 3) PZP poprzez uzupełnienie braków oferty BCAST, mimo że braki te nie były żadnymi omyłkami i nie mogły być poprawione w trybie tego przepisu,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 7 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BCAST i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ BCAST nie wypełnił ponad 60%, a w części informacji o cenach - blisko 70% wymaganych do wypełnienia rubryk formularza oferty,
- 3) art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu w zadaniach nr 9, 22, 23 oraz 25:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty BCAST,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenie oferty BCAST na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP jako niezgodnej z punktami 18.2 oraz 10.2.1 SIWZ,
- 4) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ złożona przez niego oferta, we wszystkich objętych odwołaniem zadaniach, uzyskała drugą w kolejności liczbę punktów. Na skutek niezgodnych z przepisami PZP czynności i zaniechań, Zamawiający uznał jednak za najkorzystniejszą ofertę BCAST i pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia w zadaniach nr 9, 22, 23 oraz 25. W związku z tym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

W ocenie Odwołującego decyzja Zamawiającego o wyborze oferty BCAST jest wadliwa, bowiem we wszystkich zadaniach, w których BCAST złożył ofertę, oferta ta była niekompletna w ponad 40%. W takiej części BCAST nie wypełnił bowiem wymaganych do wypełnienia rubryk formularza oferty z Załącznika nr 3 do SIWZ, ponieważ: w żadnym z

zadań objętych ofertą BCAST nie wypełnił rubryk „Łączna wartość brutto zadania (PLN)”, w połowie zadań objętych ofertą (sześciu spośród dwunastu, na które złożył ofertę, BCAST nie wypełnił także rubryk „Wartość netto (PLN)”, rubryk „VAT 23% (PLN)” ani rubryk „Wartość brutto (PLN)”. Spośród 104 rubryk formularza oferty podlegających wypełnieniu BCAST nie wypełnił 42 rubryk, które pozostały puste. Odwołujący przedstawił sporządzone przez siebie zestawienia na podstawie formularza oferty BCAST ilustrujące podane braki w ofercie tego wykonawcy we wszystkich zadaniach, w których wykonawca złożył ofertę oraz w zadaniach objętych odwołaniem, z zaznaczeniem, iż rubryki z kolumn „Zadanie”, „Nazwa programu” i „Częstotliwość” były wypełnione przez Zamawiającego w formularzu oferty (Załącznik nr 3 do SIWZ).

Uzasadniając pierwszy z postawionych zarzutów, Odwołujący wskazał, iż w objętych odwołaniem zadaniach nr 9, 22, 23 oraz 25, oferta BCAST była niekompletna w ponad 60%. W takiej części BCAST nie wypełnił bowiem wymaganych do wypełnienia rubryk formularza oferty z Załącznika nr 3 do SIWZ, ponieważ: w żadnym z zadań objętych odwołaniem BCAST nie wypełnił rubryk „Łączna wartość brutto zadania (PLN)”, w trzech spośród czterech zadań objętych odwołaniem BCAST nie wypełnił także sześciu rubryk „Wartość netto (PLN)”, sześciu rubryk „VAT 23% (PLN)” ani sześciu rubryk „Wartość brutto (PIN)”, spośród 36 rubryk formularza oferty podlegających wypełnieniu BCAST nie wypełnił 22 rubryk, które pozostały puste. BCAST nie wypełnił więc 61% wymaganych do wypełnienia rubryk formularza oferty. W zakresie informacji o cenie braki te były jeszcze wyższe - BCAST nie wypełnił bowiem 22 spośród 32 rubryk, a więc 69% wymaganych do wypełnienia rubryk formularza oferty. Odwołujący podał również, iż w odniesieniu do zadań nr 9, 22, 23 oraz 25, Zamawiający w piśmie z dnia 5.03.2018 r. poinformował BCAST, że w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP poprawił w formularzu ofertowym BCAST inne omyłki polegające na niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, podczas gdy, zdaniem Odwołującego, braki oferty BCAST w zadaniach objętych odwołaniem nie mogły być poprawione w tym trybie, ponieważ nie były żadnymi omyłkami ani niedokładnościami spowodowanymi niezawinionym błędem osoby lub urządzenia technicznego, np. komputera.

W dalszej części odwołania, Odwołujący stwierdził, iż nie ma definicji ustawowej, „omyłka”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Jednak tak, jak wszystkie omyłki z art. 87 ust. 2 PZP, musi być omyłką, jakiej dopuścił się wykonawca w swej ofercie. W ocenie Odwołującego braki w ofercie BCAST nie były przypadkowe i niezamierzone, lecz świadome i celowe, nadto nie wystąpiły w pojedynczych, lecz w zasadniczej większości rubryk. Braki te nie były żadnymi omyłkami także z tego powodu, że oferta BCAST jest niewypełniona dla różnych zadań w dwóch różnych zakresach kolumn (w całkowicie pustej kolumnie „Łączna

wartość brutto zadania (PLN)" oraz pozostałych 3 kolumnach pustych w 50%, na każdej z dwóch stron oferty BCAST. Jest niemożliwe, by nie zauważyć tej niespójności i niekompletności - jest ona widoczna na pierwszy rzut oka. Braki te dotyczą więc rubryk z różnych kolumn, mimo jednakowego zakresu informacji wymaganych w formularzu oferty dla każdego z zadań. W tej sytuacji braki oferty BCAST w zadaniach nr 9, 22, 23 oraz 25 nie mogły być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) PZP, ponieważ narusza to treść i cel tego przepisu. Braki te nie mieszczą się w pojęciu „omyłki” z art. 87 ust 2 pkt 3) PZP, lecz są świadomym, celowym działaniem BCAST, dotyczącym przeszło 60% oferty, do którego nie stosuje się tego przepisu. Ze względu na rozległą skalę oraz ze względu na to, że dotyczy informacji o cenach, które są kluczowe dla wyboru najkorzystniejszej oferty, brak ten jest istotnym brakiem oświadczenia woli, niemieszczącym się w pojęciu art, 87 ust. 2 pkt 3 PZP. W ocenie Odwołującego uzupełnianie przez Zamawiającego niewypełnionych rubryk oferty nie jest poprawianiem omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, zwłaszcza przy tak rozległej skali braków. W zadaniach nr 9, 22, 23 oraz 25 przedmiotu zamówienia BCAST nie wypełnił przeszło 60%, a w części informacji o cenach - blisko 70% wymaganych do wypełnienia rubryk formularza oferty. Uzupełniając te rubryki Zamawiający niczego więc nie poprawił, lecz po prostu obliczył za BCAST i wpisał do nich nieistniejące w nich wcześniej treści, co nie jest działaniem w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) PZP. Nadto poprawienie przez Zamawiającego spowodowało istotną zmianę w treści oferty BCAST w zadaniach objętych odwołaniem.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał szereg orzeczeń, w tym: wyrok KIO z dnia 18.05.2010 r. sygn. akt 780/10, wyrok KIO z dnia 18.05.2010 r. sygn. akt 780/10, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29.01.2010 r. sygn. akt XII GA 429/09, uchwałę KIO z dnia 20.03.2017 r. sygn. akt KIO/KD 21/17, wyrok KIO z dnia 18.05.2010 r. sygn. akt 780/10 oraz wyrok KIO/UZP z dnia 9.09.2009 r, 1073/09, wyrok KIO z dnia 30.04.2008 r, sygn. akt KIO/UZP 362/08, wyrok KIO z dnia 18.05.2010 r. sygn. akt 780/10, wyrok KIO z dnia 18.05.2010 r. sygn. akt 780/10, wyrok KIO/UZP z dnia 9.09.2009 r. sygn. akt 1073/09.

Odwołujący stwierdził, iż rozważenie przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP jest konieczne nie teoretycznie, lecz w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego, który zaistniał w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w odniesieniu do całości oferty, a nie tylko poszczególnych zadań. Z tego powodu należy uwzględnić, że w tym konkretnym przypadku przed poprawieniem przez Zamawiającego formularza oferty BCAST w zadaniach nr 9, 22, 23 oraz 25 przedmiotu zamówienia w przeszło 60%, a w części informacji o cenach - blisko 70%, był on niewypełniony. Oferta ta podlegała odrzuceniu z powodu niezgodności z SIWZ, natomiast na skutek poprawienia oferty BCAST przez Zamawiającego treść formularza oferty BCAST została uzupełniona w ww. zakresie oraz w treści oferty BCAST

usunięta została niezgodność z SIWZ, skutkująca koniecznością odrzucenia tej oferty. Każdy z tych skutków, a tym bardziej wszystkie te skutki łącznie, powodują istotną zmianę w treści oferty BCAST, przez co zastosowanie trybu z art. 87 ust. 2 pkt 3) PZP jest wykluczone. W ocenie Odwołującego poprawienie przez Zamawiającego oferty BCAST było zmianą oświadczenia woli BCAST. Na skutek poprawienia oferty BCAST w treści oferty BCAST znalazły się oświadczenia BCAST, których ten wykonawca wcześniej nie złożył, natomiast poprawa winna mieć charakter czysto techniczny, a nie taki, który wynika z nowego oświadczenia woli składającego ofertę. Nadto poprawienie oferty BCAST wymagało informacji spoza treści oferty tj. z SIWZ (stawki podatku VAT, zawartego w punkcie 20.3 SIWZ sposobu obliczenia ceny, z użycia podanych w SIWZ ilości godzin emisji właściwych dla poszczególnych zadań). Odwołujący wywiódł, iż z art. 87 ust. 1 PZP wynika zasada niedokonywania jakiegokolwiek zmian w treści oferty. Możliwość poprawiania przez Zamawiającego omyłek w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) PZP jest wyjątkiem od tej zasady, który nie może być stosowany rozszerzająco.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BCAST i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej mimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ BCAST nie wypełnił ponad 60%, a w części informacji o cenach - blisko 70% wymaganych do wypełnienia rubryk formularza oferty, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z punktem 18.2 SIWZ treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ, natomiast zgodnie z treścią 10.2.1 SIWZ wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia wypełnionego formularza oferty według wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ.

W formularzu tym należało wypełnić w wierszach, które odpowiadają zadaniom, w których wykonawca składa ofertę, następujące informacje dotyczące ceny określone w PLN: stawka netto za godzinę emisji, wartość netto, VAT 23 %, wartość brutto - wszystkie w odniesieniu do emisji poszczególnych programów składających się na dane zadanie – oraz łączna wartość brutto zadania, przy czym ta ostatnia również w odniesieniu do zadań obejmujących tylko jedną emisję. Tymczasem wykonawca BCAST w zadaniach nr 9, 22, 23 oraz 25 złożył ofertę niekompletną w ponad 60%. W takiej części BCAST nie wypełnił bowiem wymaganych do wypełnienia rubryk formularza oferty z Załącznika nr 3 do SIWZ. Treść oferty BCAST nie odpowiada więc treści SIWZ, ponieważ BCAST nie wypełnił zasadniczej większości wymaganych do wypełnienia rubryk formularza oferty wbrew punktom 18.2 oraz 10.2.1 SIWZ, a nie zachodzi wyjątek z art. 87 ust. 2 pkt 3) PZP, pozwalający na nieodrzućenie oferty BCAST, lecz dokonanie jej poprawy. Rozległe braki oferty BCAST w tych zadaniach nie mogły być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) PZP, głównie z uwagi na to, że nie są żadnymi omyłkami. W tej sytuacji oferta BCAST, jako niezgodna z punktem 18.2 oraz 10.2.1

SIWZ, podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP. Natomiast mimo tej niezgodności z przepisami PZP, wbrew art. 7 ust. 3 PZP, Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę tego wykonawcy, co wskazuje na naruszenie art. 7 ust. 1 PZP, tj. na zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Jak wynika bowiem z opublikowanej przez Zamawiającego informacji z otwarcia ofert z dnia 7 lutego 2018 r. wszyscy pozostali wykonawcy w swych ofertach podali ceny brutto, łączne ceny oferty w odniesieniu do poszczególnych zadań, bez braków w pozostałych informacjach dotyczących tych cen.

Odwołujący zauważył, iż BCAST jest jedynym wykonawcą, u którego wystąpiły braki informacji o cenach i to w odniesieniu do wszystkich objętych ofertą BCAST zadań, przy czym w objętych odwołaniem zadaniach nr 9, 22, 23 oraz 25 były to braki dotyczące zasadniczej większości informacji, jakie zgodnie z SIWZ każdy wykonawca był zobowiązany zawrzeć

w formularzu oferty. W ocenie Odwołującego, fakt, że BCAST nie wypełnił zasadniczej większości wymaganych do wypełnienia rubryk formularza oferty, nie może być uznany za omyłkę, lecz jest wynikiem świadomego, celowego działania BCAST. Odwołujący nie zna tego celu, jednak uważa, iż należy uwzględnić, że BCAST, już po poznaniu cen z ofert złożonych przez pozostałych wykonawców oraz kwot przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację zamówienia w odniesieniu do poszczególnych zadań, znalazł się w sytuacji umożliwiającej wykorzystanie tych informacji na potrzeby zmiany swojej oferty - w trybie udzielania wyjaśnień czy też udzielenia (lub nieudzielenia) zgody na uzupełnienie oferty przez Zamawiającego w całości lub wybranych przez siebie zakresach. BCAST mógłby więc czynić swą ofertę prawidłową lub podlegającą odrzuceniu w odniesieniu do całości lub poszczególnych zadań przedmiotu zamówienia. Sytuacja taka jest jednoznacznym zagrożeniem uczciwej konkurencji, którą Zamawiający zobowiązany jest zachować w tym postępowaniu zgodnie z art. 7 ust. 3 PZP.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający umożliwił BCAST uzyskanie nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej w stosunku do pozostałych wykonawców. Do dnia otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, każdy z wykonawców zobowiązany był wypełnić formularz oferty m.in. we wszystkich rubrykach dotyczących ceny oferowanych przez siebie usług. W tym celu każdy z wykonawców potrzebował więc ustalić niezbędne warunki organizacyjne i warunki finansowe usług emisji, które zamierzał zaoferować Zamawiającemu, a więc m.in. wynegocjować warunki współpracy z innymi podmiotami, np. wynajmującymi niezbędną infrastrukturę, dostawcami towarów (sprzętu) i usług, podwykonawcami, tak by zapewnić wykonalność poszczególnych usług emisji oferowanych

Zamawiającemu, jak i określić koszt ich świadczenia i oczekiwany zysk. Braki w ofercie BCAST zostały ujawnione już w dniu otwarcia ofert. W odróżnieniu od pozostałych wykonawców, BCAST nie musiał więc do tego dnia mieć ustalonych lub potwierdzonych warunków organizacyjnych i finansowych świadczenia usług emisji, mimo, że w swej ofercie zaoferował je (z brakami) na atrakcyjnych warunkach. Wypełniając tylko część z wymaganych do wypełnienia rubryk i składając ofertę obarczoną w sposób ewidentny brakiem, podlegającą późniejszemu uzupełnieniu przez Zamawiającego i udzieleniu (lub nieudzieleniu) zgody na takie uzupełnienie przez sam BCAST, wykonawca ten uzyskiwał, w razie potrzeby, dodatkowy, dłuższy niż pozostali wykonawcy, czas na wynegocjowanie z innymi podmiotami warunków ich dostaw związanych z usługą oferowaną przez tego wykonawcę. W postępowaniu o udzielenie zamówienia ten dodatkowy, dłuższy czas, który uzyskał BCAST na ewentualne dodatkowe ustalenia warunków organizacyjnych i finansowych świadczenia usług emisji, wyniósł łącznie przeszło miesiąc - najpierw przez czas od otwarcia ofert w dniu 6.02.2018 r. do dnia 5.03.2018 r., gdy pismem z tego dnia Zamawiający poinformował o uzupełnieniu braków oferty BCAST, a następnie przez 3 dni na ewentualne niewyrażenie zgody na poprawienie przez Zamawiającego omyłek na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7) PZP. W tym dodatkowym, przeszło miesięcznym czasie, którego nie mieli inni wykonawcy, BCAST znał już kwoty, które Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia we wszystkich zadaniach oraz ceny brutto zaoferowane przez wszystkich innych wykonawców, które zostały przedstawione w informacji z otwarcia ofert z dnia 7.02.2018 r. W tym czasie BCAST mógł uzyskać także inne warunki zaoferowane przez innych wykonawców, ponieważ zgodnie z art. 96 ust. 3 PZP oferty te udostępnia się od chwili ich otwarcia. Znając te informacje BCAST mógł dostosowywać do nich ustalenia i, w razie potrzeby, negocjacje z innymi podmiotami. Na skutek tego BCAST uzyskał nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami, z których żaden nie był w takiej sytuacji.

W ocenie Odwołującego Zamawiający potraktował BCAST inaczej, niż pozostałych wykonawców, bowiem w objętych odwołaniem zadaniach nr 9, 22, 23, 25 pozwolił BCAST nie wypełnić ponad 60%, a w części informacji o cenach - blisko 70% wymaganych do wypełnienia rubryk formularza oferty, nie odrzucając tej oferty mimo, że podlegała ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, dokonał za BCAST obliczeń, które był zobowiązany dokonać ten wykonawca. W obliczeniach tych posłużył się nie tylko informacjami pochodzącymi z oferty BCAST, ale także z SIWZ, a następnie uzupełnił za BCAST wszystkie braki oferty złożonej przez tego wykonawcę. To, co wszyscy wykonawcy zobowiązani byli obliczyć i wpisać do swoich ofert samodzielnie, za BCAST wykonał sam Zamawiający. Skala tych działań jest przy tym niezwykle istotna, ponieważ dotyczy

większości rubryk. Sytuacja taka nie zaistniała wobec żadnego innego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Stało się to, mimo że każdy z wykonawców był zobowiązany zgodnie z pkt 18.2 oraz pkt 10.2.1 SIWZ wypełnić formularz oferty według wzoru z Załącznika nr 3 do SIWZ. Na skutek działania Zamawiającego zobowiązanie to, choć wiążące dla innych wykonawców, nie było wiążące dla BCAST. Zamawiający, ze względu na konieczność równego traktowania wszystkich wykonawców, nie może jednak dopuścić, by wobec BCAST stosowane były inne wymogi, niż wobec innych wykonawców, tym bardziej w odniesieniu do informacji o cenach, które są kluczowe dla wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro wszyscy Wykonawcy byli zobowiązani wypełnić w określony sposób formularz ofertowy z Załącznika 3 do SIWZ, BCAST nie może wypełniać go inaczej. Uzasadnianie takiego postępowania poprawianiem pomyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) PZP prowadzi do tego, że BCAST mógłby prawie w całości nie wypełniać swojej oferty. Skoro bowiem Zamawiający mógłby poprawiać ponad 60 % brakujących rubryk oferty, to mógłby to robić także w większym zakresie, np. w 90%.

Do odwołania zostały m.in. dołączone: email Zamawiającego do Odwołującego z dnia 27.04.2018 r. wraz z zawiadomieniem z dnia 27.04.2018 r. oraz informacją o wyborze ofert najkorzystniejszych, treść SIWZ z Załącznikami nr 1 – 3, formularz oferty BCAST z dnia 6.02.2018 r., pismo z dnia 5.03.2018 r. Zamawiającego do BCAST o poprawieniu pomyłek w ofercie BCAST we wszystkich zadaniach, w których BCAST złożył ofertę (kopia), pismo z dnia 6.03.2018 r. BCAST do Zamawiającego o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłek (kopia), informacja Zamawiającego z dnia 7.02.2018 r. z otwarcia ofert.

Pismem z dnia 9 maja 2018 roku swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca BCAST (dalej również: „Przystępujący”), wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący oświadczył, iż zaoferował wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i podniósł, min. iż brak podania ceny łącznej nie może być uznany za niezgodność oferowanego merytorycznego zakresu zamówienia z wymaganiami opisanymi w warunkach przetargowych. Podanie ceny łącznej służyło jedynie porównywaniu złożonych ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej. Wobec jednoznacznych postanowień SIWZ możliwym było poprawienie przez Zamawiającego omyłki poprzez ustalenie ceny łącznej brutto oferty, podlegającej ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

Odnosząc się do szczegółowej argumentacji Odwołującego, Przystępujący podał m.in., iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie jest jedynie niedokładność spowodowana niezawinionym błędem osoby lub urzędnika

technicznego. Tzw. inne omyłki to wszelkie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, w tym występujące w treści oferty niedopatrzenia, czy opuszczenia. W przypadku niniejszego postępowania przetargowego każda z wymaganych cen jednostkowych została przez Przystępującego podana, zaś działania Zamawiającego ograniczyły się faktycznie do pomnożenia podanych cen jednostkowych przez wielkości zamieszczone w treści dokumentacji przetargowej (ilość dni, godzin, oraz 23% stawka podatku VAT). Nadto na skutek dokonanej przez Zamawiającego poprawy nie doszło do wytworzenia odmiennego, nowego oświadczenia wykonawcy, a jedynie do ustalenia na gruncie znanych warunków przetargowych, ostatecznej ceny oferty w oparciu o podane przez wykonawcę ceny jednostkowe, które przesądzały o wysokości oferowanej ceny całkowitej. Nie jest zatem prawdą, iż Przystępujący miał dłuższy czas na wynegocjowanie z innymi podmiotami warunków realizowania świadczenia.

Pismem z dnia 18 maja 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in. iż w jego ocenie zarzuty Odwołującego oraz cała argumentacja uzasadnienia oparte zostały na błędnym wnioskowaniu, które stanowi kompilację spekulacji i domniemań Odwołującego. Odwołujący dokonując oceny czynności podjętych przez Zamawiającego i następnie wywodząc wnioski, opiera się de facto na jednym argumencie - skali niewypełnionych rubryk. Odwołujący, błędnie wywodzi, że braki w formularzu oferty BCAST - z uwagi na wspomnianą skalę oraz fakt, że odnoszą się do różnych, wymaganych do wypełnienia, kolumn - „nie były żadnymi omyłkami”. Próbuje też bezpodstawnie dowieść, że rzeczony brak jest świadomym, umyślnym i celowym zaniechaniem złożenia przez Wykonawcę BCAST oświadczenia woli w zakresie warunków cenowych. Wywody te, w ocenie Zamawiającego, obarczone są zasadniczą sprzecznością. Z jednej strony Odwołujący formułuje tezę o celowym, umyślnym zaniechaniu po stronie BCAST w sposób kategoryczny, z drugiej, stwierdza, że cel nie wypełnienia przez BCAST rubryk formularza oferty nie jest mu znany. Z powyższych wywodów Odwołujący wyprowadza kolejną tezę o nie dokonaniu przez BCAST wyceny oferowanych usług w ramach zadań objętych odwołaniem. W swojej argumentacji Odwołujący w sposób nieuprawniony i nieudowodniony twierdzi, że Zamawiający pozwolił Wykonawcy BCAST nie wypełniać wszystkich rubryk formularza, czym umożliwił mu uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Własny wywód, oderwany od stanu faktycznego, pozwala Odwołującemu na prowadzenie wywodów o umożliwieniu BCAST wynegocjowania

lepszycy warunków organizacyjnych i finansowych świadczenia usług oraz umożliwieniu temu wykonawcy dostosowania oferowanych przez niego cen do cen oferowanych przez pozostałych Wykonawców.

Nadto, Zamawiający wskazał, iż z przytoczonych przez Odwołującego orzeczeń wydanych po wejściu w życie ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 171, poz.1058), która rozszerzyła katalog omyłek podlegających poprawie o inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, wynika, iż Izba w swoich rozważaniach wyraża generalny pogląd o możliwości poprawy niezgodności oferty z SIWZ, jako innych omyłek, w przypadku, gdy w ofercie podane są ceny (stawki, koszty) jednostkowe, a pozostałe informacje pochodzą z postępowania (SIWZ, wyjaśnienia).

Zamawiający potwierdził stwierdzenie Odwołującego, iż ustawa Pzp nie zawiera definicji pojęcia „omyłka”, ale zauważył, iż słownikowe znaczenie pojęcia „omyłka” nie zawiera w definicji pojęcia winy, jako elementu definiującego to pojęcie. W znaczeniu słownikowym „omyłką” jest niewłaściwe spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, niewłaściwe postępowanie, pominięcia, błąd, pomyłka (Słownik języka polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl>). Dodatkowo, Zamawiający podniósł, że ustawa Pzp. nie tylko „nie definiuje” pojęcia „omyłki”, ale też w żadnym z jej przepisów nie określono ustawowych reguł opisujących przesłanki, które muszą zostać spełnione, aby dana niezgodność mogła być uznana i skorygowana, jako inna omyłka, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Nadto, biorąc pod uwagę, że katalog rodzaju niezgodności, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp nie jest zamknięty i w szczególności niezgodność może polegać na pominięciu w ofercie pewnych informacji czy zobowiązań, logicznym jest, że poprawienie tego rodzaju niezgodności (pominięć) musi polegać na uzupełnieniu oferty o stosowane oświadczenia. Ważna jest, bowiem, istotność wpływu uzupełnienia i zmiany nim powodowanej na pierwotną treść oferty. W świetle brzmienia art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy, nie jest zasadne uznanie, że regulacją tego przepisu objęte są wszelkie niezgodności poza niezgodnościami polegającymi na braku informacji, których podanie było wymagane w SIWZ. Interpretacja Odwołującego, poczyniona na potrzeby odwołania, jest - w ocenie Zamawiającego - sprzeczna z istotą przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Zamawiający przyznał, iż w kontekście wskazanych braków, niewątpliwie Wykonawcy BCAST można przypisać niestaranność, wręcz niedbalstwo w przygotowaniu oferty. Nie mniej, aby przypisać BCAST świadome i celowe złożenie oświadczenia obarczonego brakami, Zamawiający musiałby dysponować ku temu podstawami, których w stanie faktycznym postępowania brak. Takich podstaw nie daje w szczególności treść oferty

BCAST, która w zakresie pozostałych wymogów, w tym wymogów dotyczących podstawowego elementu rozliczeniowego (stawki za godzinę emisji) oraz wymogów dotyczących warunków technicznych świadczenia usług, wskazuje że BCAST złożył oświadczenia uwzględniające wszystkie wymogi SIWZ oraz uwzględniające i odzwierciedlające pełny zakres przedmiotu zamówienia objętego zadaniami nr: 9, 22, 23 i 25. W opinii Zamawiającego, również w świetle zasad doświadczenia życiowego, trudno byłoby za racjonalne uznać działanie wykonawcy, polegające na celowym i świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie w jego przekonaniu odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego w świetle postanowień SIWZ - w zakresie warunków finansowych świadczenia usług emisji będących przedmiotem zamówienia w każdym z zadań - istotnym elementem treści oferty była stawka za godzinę emisji, a nie wartość netto emisji, kwota 23% stawki podatku VAT i wartość brutto emisji oraz łączna wartość brutto zadania. Ponadto zgodnie z § 6 ust. 2 wzoru umowy, będącego Załącznikiem nr 5 do SIWZ, podstawą naliczenia opłat miesięcznych (miesięcznego wynagrodzenia) jest stawka za jedną godzinę świadczenia usług, czyli stawka za godzinę emisji oraz liczba efektywnego czasu emisji, który zgodnie z § 2 ust. 2 Regulaminu współpracy technicznej pomiędzy Operatorem a Nadawcą (załącznik nr 1 do wzoru umowy Załącznika nr 5 do SIWZ) jest miarą wielkości świadczonych usług. Tak ukształtowane wynagrodzenie, w szczególności fakt, że to stawka za godzinę emisji jest podstawą do rozliczeń, przemawia za trafnością twierdzenia, iż w stawce godzinowej należało uwzględnić wszystkie elementy kosztotwórcze. Pozostałe wartości (wartość emisji netto i brutto, łączna wartość zadania, czy kwota podatku VAT) są de facto efektem tej stawki, czyli skutkiem działań matematycznych. Za uznaniem, że stawka za godzinę emisję jest istotną treścią oferty w zakresie warunków finansowych świadczonych usług przemawia również wskazany w pkt 20 SIWZ, w szczególności w pkt. 20.3 SIWZ opis sposobu obliczenia ceny.

Zamawiający zauważył, iż poprawa innej omyłki jest jednym z instrumentów dopuszczonych prawnie, który ma służyć rekonstrukcji oświadczenia wykonawcy, w celu najpełniejszego i jak najbliższego rzeczywistej intencji oddania jego woli. Za możliwością dokonania przedmiotowej poprawy przemawia również to, że była ona możliwa do przeprowadzenia samodzielnie przez Zamawiającego bez konieczności uzyskiwania od Wykonawcy BCAST dodatkowych informacji oraz miała charakter techniczny. Na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający przytoczył m.in. wyroki Izby z dnia 30 maja 2017 roku sygn. akt 989/17, Lex nr: 2314481, z dnia 18 grudnia 2014 roku sygn. akt 2579/14, Lex nr: 1645384, z dnia 24 września 2012 roku sygn. akt 1931/12, Lex nr: 1223119.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzn Zamawiający podniósł, iż w postępowaniu nie została uruchomiona procedura wyjaśnień w zakresie spornych kwestii. W związku z tym odwoływanie się do niej jest bezprzedmiotowe. Ponadto, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący mylnie wnioskuje, że wyrażenie zgody lub jej nie wyrażenie jest zmianą oferty, dokonywaną w ten sposób przez wykonawcę, jak również, że dokonanie przez Zamawiającego poprawy pozwoliło BCAST uzyskać przewagę konkurencyjną w stosunku do pozostałych Wykonawców, którzy złożyli oferty w zadaniach objętych zakresem odwołania. Wywodom tym nie można przyznać racji, m.in. dlatego, że ewentualna próba dostosowania przez BCAST oferowanych warunków cenowych do wyników ustaleń poczynionych po otwarciu ofert musiałaby skutkować - w świetle zasad rozliczeń a nade wszystko faktu, że ich podstawą jest stawka za godzinę emisji - zmianą tej stawki.

Zdaniem Zamawiającego nadużyciem ze strony Odwołującego jest także twierdzenie, że Zamawiający „pozwoił” BCAST na niewypełnianie rubryk formularza. Odwołujący również w tym przypadku nie przedstawia żadnego dowodu, a rzeczonożego pozwolenia nie sposób znaleźć w dokumentacji postępowania, w szczególności za takie pozwolenie nie może być uznana czynność poprawy innej omyłki.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przedłożoną przez Zamawiającego, treścią oferty wykonawcy BCAST Sp. z o.o., po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oraz, że wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co mogłoby skutkować uzyskaniem przez niego zamówienia. Wybór oferty wykonawcy BCAST skutkuje pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji możliwością poniesienia szkody.

W ocenie Izby wykonawca BCAST wypełnił wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W związku z tym wykonawca ten skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się jego uczestnikiem.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Stan faktyczny sprawy, co do zasady, został przedstawiony w przytoczonych powyżej pismach uczestników postępowania. W tym miejscu, należy jednakże wskazać, iż przedmiot zamówienia obejmuje usługę całodobowej emisji programów radiowych na falach ultrakrótkich. Zamawiający podzielił zamówienie na części obejmujące świadczenie usług w wybranych lokalizacjach. SIWZ przewiduje dwa kryteria oceny ofert: cenę z wagą 40% oraz zasięg powierzchniowy z wagą 60%.

Stosownie do pkt 20.1 SIWZ ceny ofert, składanych w poszczególnych zadaniach, na które został podzielony przedmiot zamówienia, winny być wyliczone w sposób opisany m.in. w pkt 20.2 i 20.3 SIWZ oraz wskazany w Załączniku nr 3 do SIWZ. Z pkt 20.2 SIWZ wynika, iż w kalkulacji cen ofert, składanych w postępowaniu, wykonawcy winni uwzględnić wszelkie koszty pozostające w związku i niezbędne dla prawidłowego i należytego tj. zgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ, wykonania przedmiotu zamówienia, w zakresie wynikającym z jego opisu, w szczególności: koszty ponoszone w związku z przygotowaniem infrastruktury nadawczej, koszty związane z utrzymaniem tej infrastruktury w okresie świadczenia usług, koszty uzyskiwania pozwoleń radiowych, koszty osobowe, kwotę podatku VAT, obliczoną według stawki zgodnej z przepisami obowiązującym na dzień składnia ofert oraz inne niezbędne koszty i obciążenia ponoszone przez wykonawcę, które pozostają w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, a także zysk wykonawcy. Jednocześnie w tym miejscu Zamawiający wprowadził informację, iż obliczona w sposób i zgodnie z podanymi wytycznymi cena służyć będzie do porównania ofert i stanowić będzie maksymalne wynagrodzenie wykonawcy z tytułu świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. Faktyczna wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia w danym miesiącu i w konsekwencji w okresie świadczenia usług wyliczana będzie zgodnie z § 6 Załącznika nr 5 do SIWZ, zawierającego wzór umowy.

Zgodnie natomiast z pkt 20.3 SIWZ obliczając cenę, oferowane przez wykonawców stawki godzinowe emisji netto należy przemnożyć przez zakładaną maksymalną ilość godzin emisji w okresie świadczenia usług. Do obliczeń należy przyjąć następującą liczbę godzin świadczenia usług, która dla zadań objętych odwołaniem wynosi 35 064 godz. (1461 dni x 24 godz.). W stawce godzinowej emisji netto należy uwzględnić koszty związane z dosyłem sygnału modulacyjnego łączami IP, w szczególności koszty przygotowania infrastruktury w tym zakresie, utrzymania łącz IP.

Stosownie do § 6 ust. 2 wzoru umowy opłaty miesięczne netto dla każdej z usług są iloczynem liczby godzin efektywnego czasu świadczenia usług w miesiącu rozliczeniowym i stawki za jedną godzinę świadczenia usług netto, zgodnie z § 2 ust. 4 i ust. 5 załącznika nr 1 do zawierającego regulamin współpracy pomiędzy operatorem i nadawcą, z zastrzeżeniem postanowień § 6 ust. 3 umowy, regulującego sposób obliczania opłat min. w przypadku wystąpienia przerw w świadczeniu usług.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do przepisu art. 190 ust. 1 i 3 ustawy Pzp *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, którymi w szczególności są dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron, mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.* Odwołujący nie udowodnił, iż Zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp.

Zważywszy na treść zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w pierwszej kolejności rozstrzygnięcia Izby wymaga, czy niewypełnienie przez wykonawcę BCAST części rubryk formularza ofertowego, w tym z ceną netto, kwotą podatku VAT i ceną brutto oraz z podsumowaniem, w sytuacji gdy wykonawca ten podał ceny jednostkowe (stawki godzinowe emisji netto), a w SIWZ były określne dane potrzebne do obliczenia cen netto i brutto tj. były podane: liczby dni i godzin świadczenia usług oraz stawka VAT, stanowiło podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym zakresie ustalenia wymaga czy takie braki w ofercie winny być uznane za inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i czy w związku z tym powinny zostać uzupełnione w wyniku poprawy oferty dokonanej przez Zamawiającego.

Stosownie do 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.* Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp *zamawiający poprawia w ofercie 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.* Z kolei przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi podstawę odrzucenia oferty w przypadku braku zgody wykonawcy na poprawę omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w terminie 3 dni od doręczenia

zawiadomienia. Stosownie do 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp *niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Powyższe wskazuje, iż w przypadku niezgodności oferty z SIWZ o odrzuceniu oferty decyduje ocena, czy podlega ona poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W przypadku pozytywnej oceny w tym zakresie, przeprowadzonej przez zamawiającego i dokonaniu przez niego poprawy, o ewentualnym odrzuceniu oferty decyduje to, jakie stanowisko w odniesieniu do tej poprawy zajmie wykonawca, tj. czy wyrazi zgodę na dokonaną poprawę, czy takiej zgody nie udzieli.

Należy podzielić stanowisko Odwołującego w tym zakresie, w którym stwierdza, iż poprawa przez zamawiającego omyłek w ofercie wykonawcy stanowi wyjątek o zakazu dokonywania zmian w treści oferty i w związku z tym przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP musi być stosowany ściśle. Dlatego należy podkreślić, iż dla zastosowania tego przepisu wymagane jest łączne zaistnienie przesłanek w nim wymienionych, tj. wystąpienie omyłki w ofercie wykonawcy, powodującej niezgodność oferty z treścią SIWZ oraz brak istotności zmian w treści oferty, będących skutkiem dokonanej poprawy. Nadto, aby taka poprawa była możliwa, konieczne jest, aby w samej ofercie istniały dane umożliwiające jej dokonanie, bowiem poprawa oferty nie może prowadzić do stworzenia nowego, odmiennego od już złożonego, oświadczenia woli wykonawcy. Zważywszy na cel wprowadzenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. uniknięcie odrzucania ofert z powodu błahych błędów w ofercie, skutkujących jej niezgodnością z SIWZ, za omyłkę, o której w nim mowa, należy uznać zarówno błędy treści oferty wyrażone omyłkowym jej zapisem (nieprawidłowym przedstawieniu informacji), jak też pominięciem podania informacji, pod warunkiem, że ich poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, przy czym, ocena istotności tych zmian, winna być dokonywana z uwzględnieniem całokształtu okoliczności danej sprawy. Ważny w tym zakresie jest rodzaj i charakter poprawianych niezgodności oferty z treścią SIWZ, sposób przeprowadzenia poprawy oraz konsekwencje tych zmian dla treści oferty. Poprawa omyłki oznacza ingerencję zamawiającego w treść złożonej przez wykonawcę oferty i jest związana z odtworzeniem rzeczywistej woli wykonawcy.

Przechodząc od tych ogólnych rozważań na grunt przedmiotowej sprawy, w ocenie Izby należy uznać, iż jej okoliczności wskazują, iż w ofercie wykonawcy BCAST występuje przypadek omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. omyłki innej niż oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa, o których mowa w ust. 2 pkt 1 i 2 tego przepisu. W związku z tym Zamawiający zasadnie dokonał poprawy oferty złożonej przez wykonawcę BCAST.

Na taką oceną, w ocenie Izby wskazuje w szczególności przytoczony powyżej opis sposobu obliczenia ceny oferty, zawarty w pkt 20 SIWZ, w którym zostały przedstawione szczegółowe wytyczne w tym zakresie oraz treść oświadczenia woli złożonego przez BCAST.

Wykonawca BCAST w odniesieniu do wszystkich czterech zadań, objętych odwołaniem, zaoferował stawki godzinowe emisji netto. W związku z tym, uwzględniając określony w pkt 20.3 SIWZ, sposób obliczenia ceny i podaną w nim liczbę godzin świadczenia usług, możliwe było matematyczne wyliczenie ceny, służącej do porównania ofert i stanowiącej maksymalne wynagrodzenie wykonawcy.

W odniesieniu do zadania nr 9 Odwołujący w formularzu oferty, sporządzonym z wykorzystaniem wzoru zawartego w załączniku nr 3 do SIWZ, wypełnił kolumny, w których wymagane było podanie przez wykonawcę nazwy obiektu nadawczego/lokalizacja, stawkę netto za godzinę emisji, wartość netto, kwotę VAT według podanej przez zamawiającego stawki 23% oraz wartość brutto. Wykonawca ten nie wypełnił natomiast kolumny, w której miała być podana łączna wartość brutto zadania. Przedmiotowe zadanie dotyczy jednego programu, tj. Programu 2. Tym samym w kolumnie: *Łączna wartość brutto tego zadania [PLN]* winna znaleźć się kwota tożsama z kwotą wstawioną przez wykonawcę w wypełnionej przez niego kolumnie: *Wartość brutto [PLN]*. Oznacza to, iż brak wypełnienia przez wykonawcę ostatniej kolumny był jedynie pomyślnym, wypełnienia kolumny o wielkość podaną w poprzedzającej kolumnie.

W odniesieniu do zadań nr 22, 23 i 25, z których każde dotyczyło więcej niż jednego programu wskazanego przez Zamawiającego, wykonawca BCAST wypełnił kolumny, w których wymagane było podanie przez wykonawcę nazwy obiektu nadawczego/lokalizacja oraz stawki netto za godzinę emisji, nie wypełnił natomiast kolumn dotyczących wartości netto, kwoty podatku VAT według podanej przez zamawiającego stawki 23% oraz wartości brutto, a także kolumny dotyczącej łącznej wartości brutto zadania. Braki w wypełnieniu tych kolumn były jednak możliwe do uzupełnienia z wykorzystaniem podanej w ofercie stawki za godzinę emisji. Zamawiający przeprowadził matematyczne wyliczenie i dokonał poprawy oferty, uzupełniając ją o wynik tych matematycznych wyliczeń.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, taki sposób poprawy oferty jest zgodny z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zważywszy na treść ww. pkt 20.2 i 20.3 SIWZ oraz postanowienia umowy to stawka godzinowa ze emisją netto jest wielkością oferowaną przez wykonawcę, wielkością, na którą wykonawca miał wpływ. Znając określony przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny oferty w danym zadaniu, to w stawce jednostkowej wykonawca winien uwzględnić wszystkie wymagane elementy kalkulacji ceny, o których

mowa w pkt 20.2 SIWZ. Tym samym to stawka jednostkowa była wyrazem oświadczenia woli wykonawcy w zakresie ceny i w związku z tym określając ją, wykonawca wycenił wymagany w SIWZ zakres usług. Pozostałe elementy tj. maksymalna ilość godzin emisji i stawka VAT były podane przez Zamawiającego w SIWZ i były takie same dla wszystkich wykonawców. Oznacza to, iż Zamawiający zasadnie braki w ofercie BCAST uznał za omyłkę, a nie brak oświadczenia woli tego wykonawcy, co potwierdza również wyrażona przez BCAST zgoda na poprawę tej omyłki.

Zamawiający posiadał informacje wystarczające do dokonania w ofercie wykonawcy BCAST poprawy poprzez wyliczenie cen netto i brutto i wstawienie ich do formularza oferty. Zmiany dokonane przez Zamawiającego, z uwagi na ich rodzaj, tj. działania matematyczne z wykorzystaniem oświadczenia woli złożonego w ofercie oraz danych podanych w SIWZ, nie naruszają istoty zobowiązania wynikającego z oferty. Zamawiający nie wytworzył nowego oświadczenia woli BCAST, bowiem wartość pozycji została wyceniona, skoro cena jednostkowa została podana. Poprawa dokonana przez Zamawiającego nie wpływa na zmianę zakresu usług oferowanych przez BCAST. Te zostały bowiem zaoferowane przez Przystępującego m.in. w opisie stacji nadawczych, za pomocą których świadczone będą usługi, zawierającym parametry techniczne świadczenia usług, sporządzonym według załącznika nr 6 do SIWZ, w tym poziom (rzeczywista) charakterystyka systemu antenowego dla poszczególnych lokalizacji i częstotliwości.

Tym samym w ocenie Izby, trudno przyjąć, iż brak wypełnienia wskazanych kolumn w formularzu ofertowym był wynikiem świadomego działania/zaniechania wykonawcy. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, z którego wynika, iż opisane braki w ofercie wykonawcy BCAST były przez niego zamierzone. Odwołujący nie przeprowadził na tę okoliczność żadnych dowodów. Jakkolwiek zgodzić się należy z oceną Odwołującego, że nie sposób ich nie zauważyć, to jednak, pozostała treść oferty, jak również treść SIWZ, a także to, iż wykonawca ten wyraził zgodę na poprawę, wskazuje, iż trudno dopatrzeć się uzasadnionego celu w takim zaniechaniu, a za prawdopodobne należy uznać, iż jest to wynikiem braku należytej staranności przy sporządzaniu oferty. Jednakże taki brak staranności, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, jako, że dotyczy braku przeprowadzenia wyliczeń przy wykorzystaniu zaoferowanej stawki jednostkowej i danych określonych w SIWZ oraz braku podania wyniku tych obliczeń w formularzu oferty, bądź, jak twierdzi Przystępujący na rozprawie, dotyczy jedynie drugiego z elementów procesu, tj. braku przepisania do formularza, sporządzanego komputerowo, obliczeń z ręcznie wypełnianego formularza, należy uznać, że stanowi omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 65 § 1 k.c. *oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia*

społecznego oraz ustalone zwyczaje. Przystępujący złożył ofertę w każdym z czterech zadań objętych odwołaniem, w której zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za podane ceny jednostkowe stanowiące podstawę do rozliczenia za świadczenie usług emisji, wiedząc, że służą one do obliczenia ceny za dane zadanie, branej pod uwagę przy porównaniu ofert oraz będącej maksymalną ceną jaka może być zapłacona w ramach umowy.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, z którego wynika, iż z przepis art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp nie uzależnia możliwości dokonania poprawy od stopnia przyczynienia się wykonawcy, a tym bardziej stopnia zawinienia wykonawcy do powstania niezgodności. Jedynym warunkiem ograniczającym możliwość uznania danego błędu za inną omyłkę, który wynika wprost z rzeczonego przepisu, jest zakaz wprowadzania w wyniku poprawy istotnych zmian w treści oferty, poparte m.in. wyrokiem Izby z dnia 13 stycznia 2012 roku wydanym w sprawie sygn. akt KIO 2810/11, w którym Izba wyraziła pogląd, iż: *Dla przyjęcia jej wystąpienia bynajmniej nie ma potrzeby odwoływania się do stopnia „nieświadomości” wykonawcy, co do niezgodności treści jego oferty z siwz, czy istnienia pewności zamawiającego, co do rzeczywistych intencji wykonawcy w trakcie przygotowywania oferty lub genezy i przyczyn powstania danej niezgodności oferty z siwz. Należy przyjąć tu możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w ww. przepisie. Omyłką będą więc zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań siwz.... etc.) w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Tym samym właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem siwz (w tym również jej wewnętrzne sprzeczności), która z założenia ma być zgodna z treścią siwz i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane. Omyłką będzie więc każda niezgodność między ofertą a siwz, chyba, że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego, tzn. będzie obstawał, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki sposób powinny być traktowane (np. nie zgodzi się na poprawienie treści jego oferty) lub udowodnione mu zostanie świadomie i celowe sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego (co w praktyce obrotu jest nieomal niewykonalne).*

W ocenie Izby, za zasadne należy również uznać stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co do zasady, nie determinuje możliwości uznania niezgodności oferty z SIWZ, w tym jej braków za inną omyłkę i w konsekwencji możliwości jej poprawienia, od procentowej ilości wadliwych pozycji, czy zakresu i wielkości dokonywanych zmian. Przesądżającym o zaistnieniu podstawy do dokonania poprawy oferty, w przypadku wystąpienia w niej innej omyłki, jest bowiem stopień istotności zmiany treści oferty na skutek tej poprawy, a nie ilość koniecznych poprawek. Tym samym nie ma znaczenia, czy poprawa dotyczy jednej kolumny formularza, czy większej

liczby kolumn w danym zadaniu. W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy to nie ilość niewypełnionych przez wykonawcę kolumn w formularzu ofertowym ma decydujące znaczenie dla oceny istotności jej poprawy, lecz to czego one dotyczą i to, że ich uzupełnienie przez Zamawiającego w ramach poprawy, nie kreuje nowego oświadczenia woli wykonawcy. Jak zostało wyżej wykazane, dokonanie przez Zamawiającego matematycznych wyliczeń z wykorzystaniem zaoferowanej przez Przystępującego stawki jednostkowej i danych z SIWZ oraz wstawienie ich do formularza w odpowiednich kolumnach, przewidzianych dla takiego wyniku matematycznych wyliczeń, nie tworzy nowego oświadczenia woli wykonawcy, a jedynie uzewnętrznia jego wolę, czemu wykonawca dał wyraz udzielając zgodę na poprawę omyłki.

Powyższe wskazuje, iż w ofercie BCAST wystąpiła omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stwierdzenie omyłki w ofercie obligowało Zamawiającego do jej poprawy. Omyłka ta została poprawiona przez Zamawiającego.

W związku z tym nie występuje przesłanka odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na jej niezgodność z SIWZ. Niezgodność oferty z SIWZ, jak słusznie zauważył Odwołujący, została bowiem usunięta na skutek dokonanej przez Zamawiającego poprawy omyłki. Tym samym wyłączona została przesłanka odrzucenia oferty wymieniona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. *Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczone w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami siwz (por. wyrok KIO sygn. akt 2810/11).*

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy analizować z uwzględnieniem oferty w rozumieniu art. 66 Kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, z którego wynika, iż podanie przez wykonawcę BCAST jedynie cen jednostkowych oznacza, że wykonawca ten nie zaoferował

całego przedmiotu zamówienia, a jedynie, że jest gotów zacząć świadczyć usługi, a nie że jest gotów świadczyć je w całości. Przystępujący zaoferował stawkę netto za godzinę emisji, stanowiącą określany przez wykonawcę element obliczania ceny oferty (pozostałe elementy zostały podane przez Zamawiającego w SIWZ), co pozwala przyjąć, że uwzględnił w niej wszystkie koszty świadczenia usług, określone w pkt 20 SIWZ, jak również ewentualne warunki współpracy z innymi podmiotami. W związku z tym, nie można również podzielić stanowiska Odwołującego, iż w momencie składania oferty Przystępujący nie musiał mieć ustalonych warunków organizacyjnych i finansowych świadczenia usług.

Powyższe wskazuje, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*. Nie zostało wykazane, aby w zadaniach objętych odwołaniem, została wybrana oferta, która podlegała odrzuceniu.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP. Przepis ten stanowi, iż *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*.

Nie ulega wątpliwości, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, każdy z wykonawców był obowiązany złożyć ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, w tym pkt 18.2 i 10.2.1. Poza sporem jest także to, iż Przystępujący nie wypełnił opisanych rubryk w formularzu ofertowym. Odnosząc się szczegółowo do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba wypowiedziała się, iż przedmiotowe braki w ofercie wykonawcy BCAST stanowią omyłkę, o której mowa w tym przepisie. W związku z tym za nietrafiony należy uznać argument Odwołującego, iż okoliczność, że Zamawiający dokonał poprawy omyłki w ofercie Przystępującego, wskazuje na uprzywilejowanie tego wykonawcy. Poprawa ta wskazuje bowiem na to, iż Zamawiający zastosował się do obowiązku wynikającego z ustawy Pzp. Nie zostało natomiast wykazane, aby naruszało to zasady równego traktowania wykonawców, np. nie zostało wykazane, że oferty innych wykonawców w takich samych okolicznościach nie zostały poprawione.

Nie zostało również obalone przez Odwołującego założenie, że wykonawca składa ofertę w dobrej wierze z zamiarem ukształtowania jej treści w sposób odpowiadający treści SIWZ, zmierzając w ten sposób do uzyskania zamówienia publicznego. W przypadku braku dowodów przeciwnych, trudno w związku z tym przyjąć, iż wykonawca BCAST miałby podjąć się sporządzenia oferty tylko po to, aby ukształtować jej treść w sposób, który zmuszałby Zamawiającego do jej odrzucenia. Stosownie do przepisu art. 46 ust. 4a PZP brak wyrażenia zgody na poprawę omyłki w ofercie skutkuje zatrzymaniem przez zamawiającego wadium,

podobnie jak w przypadku uchylenia się od zawarcia umowy. W związku z tym, w ocenie Izby nie jest przekonująca argumentacja Odwołującego, z której wynika, iż Przystępujący celowo nie uzupełnił wszystkich rubryk, po to aby zyskać czas na ustalenia warunków organizacyjnych lub finansowych świadczenia usług emisji lub pretekst do późniejszej decyzji w zakresie udzielenia zgody bądź braku tej zgody na poprawę oferty, skutkiem czego byłoby odrzucenie oferty tego wykonawcy. Jak zostało wykazane, oferując stawkę jednostkową, wykonawca musiał uwzględnić w niej wszystkie czynniki, jakie wiążą się z kosztami świadczenia usług, objętych przedmiotem zamówienia, w tym warunki organizacyjne i finansowe. W związku z tym wszystkie ustalenia w zakresie cen winny być poczynione przed złożeniem oferty.

W wyniku poprawy omyłki w ofercie wykonawcy BCAST stawka godzinowa emisji netto nie uległa zmianie. W związku z tym fakt przeprowadzenia, w ramach poprawy omyłki, matematycznych wyliczeń z użyciem tej zaoferowanej przez wykonawcę stawki godzinowej i określonych w SIWZ pozostałych danych oraz wstawienie ich wyniku do oferty wykonawcy BCAST, nie wskazuje na uprzywilejowanie tego wykonawcy i tym samym na nierówne traktowanie wykonawców.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. W przedmiotowej sprawie Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), z uwzględnieniem wpłaconego przez odwołującego wpisu i uzasadnionych kosztów zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

