

WYROK
z dnia 8 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2019 r. przez wykonawcę Althea Polska Sp. z o.o. w Mikołowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr Antoniego Jurasza w Bydgoszczy przy udziale wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obciąża wykonawcę Althea Polska Sp. z o.o. w Mikołowie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Althea Polska Sp. z o.o. w Mikołowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o. w Mikołowie na rzecz wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych jako wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 8 marca 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 294/19

Zamawiający – Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr Antoniego Jurasza w Bydgoszczy, ul. M. Skłodowskiej - Curie 9, 85 - 094 Bydgoszcz – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług serwisowych w zakresie przeglądów technicznych, napraw, umów serwisowych, legalizacji, kalibracji, wzorcowań oraz testów specjalistycznych”, podzielone na części, o numerze nadanym przez zamawiającego NZL.2018.271.42, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2018 r. pod numerem 2018/S 199 –451490, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p.”

W dniu 8 lutego 2019 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, w części 135 postępowania. Od tej czynności zamawiającego, w dniu 18 lutego 2019 r., odwołanie wniósł wykonawca Althea Polska Sp. z o.o. w Mikołowie, ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów, zwany dalej jako „odwołujący”.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

- 1.art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy GE pomimo zmodyfikowania przez niego Formularza Cenowego polegającego na usunięciu rubryk, w których należało określić wartość obsługi serwisowej dla każdego z urzędzeń medycznych z osobna, podczas gdy w udostępnionym wykonawcom Formularzu Cenowym Zamawiający wymagał podania tych danych, a ponadto mają one istotny wpływ na ustalenie zakresu wpływu ewentualnych nieprawidłowości w obsłudze serwisowej poszczególnych urzędzeń medycznych na realizację całości Umowy, przez co zaburzają równowagę kontraktową na rzecz Wykonawcy GE a także skutkują niezasadną korzyścią dla tego wykonawcy w porównaniu do wykonawców, którzy wypełnili formularz ofertowy z należytą starannością,
- 2.art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy GE, pomimo iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny, bowiem Wykonawca GE podał w Formularzu Cenowym wyłącznie wartość obsługi serwisowej wszystkich urzędzeń medycznych łącznie, podczas gdy Zamawiający wymagał aby wartość ta została ustalona wskutek zsumowania wartości obsługi serwisowej poszczególnych urzędzeń medycznych.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą wniesionego odwołania i jego uwzględnienie w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie oraz nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy GE w zakresie pakietu nr 135.

Wniesiono także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu środka ochrony prawnej odwołujący wskazał co następuje.

Odwołujący przytoczył stan faktyczny sprawy i podniósł, że okolicznością bezsporną między stronami jest to, że

wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. zmodyfikował udostępniony przez zamawiającego formularz cenowy, scalając rubryki H2157-H2160 oraz K2157-K2160. Strony różnią się jednak oceną prawną skutków dokonanej przez wykonawcę modyfikacji. Zdaniem odwołującego scalenie rubryk powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., w ocenie zaś zamawiającego (oraz wykonawcy GE Medical Systems) modyfikacja ta nie powinna mieć wpływu na wynik postępowania.

Według odwołującego, aby rozstrzygnąć spór w tym zakresie, należy zadać sobie pytanie, dlaczego w ogóle wykonawca GE Medical Systems zmodyfikował formularz cenowy. Jak czytamy w wyjaśnieniach, wykonawca ten twierdzi, że „znajdował się w uzasadnionym przekonaniu, iż wypełniając formularz ofertowy [cenowy – przypis odwołującego] postępuje zgodnie z wytycznymi zamawiającego”. Innymi słowy, wykonawca GE Medical Systems podnosi, że poprzez wprowadzenie zmian w formularzu cenowym (opracowanym i udostępnionym przez zamawiającego), w istocie dostosował go do prawdziwych intencji zamawiającego.

Powyższe rozumowanie, w ocenie odwołującego, jest sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Gdyby bowiem zamawiający chciał aby formularz cenowy wyglądał jak ten złożony przez wykonawcę GE Medical Systems, to sam nadałby mu taki kształt. Innymi słowy, gdyby zamawiający – jak twierdzi wykonawca – nie wymagał podania wartości obsługi serwisowej dla każdego z urządzeń z osobna, to sam udostępniłby formularz cenowy ze scalonymi rubrykami H2157-H2160 oraz K2157-K2160. Skoro zaś zamawiający udostępnił formularz cenowy, w którym należało wypełnić określone rubryki, wykonawcy powinni się do jego polecenia zastosować, uznając, że zrobił to w konkretnym celu. Ewentualnie, jeżeli treść polecenia zamawiającego (lub cel jego wydania) była dla któregoś z wykonawców niejasna, możliwe było skierowanie w tym zakresie wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 p.z.p.

Niezależnie od powyższego, w ocenie odwołującego, w niniejszej sprawie oczywisty jest zarówno fakt, że zamawiający wymagał podania wartości obsługi serwisowej każdego z urządzeń z osobna, jak i powody, którym się kierował. W tym miejscu, należy przypomnieć, że pakiet nr 135 obejmuje obsługę serwisową czterech urządzeń: trzech rezonansów magnetycznych oraz jednego tomografu komputerowego. Logiczne jest więc, że zamawiający wymagał wskazania wartości obsługi serwisowej dla każdego z urządzeń z osobna, tak aby w przypadku, w którym podczas realizacji umowy wystąpią określone nieprawidłowości dotyczące tylko jednego (lub kilku) z nich, możliwe było ustalenie zakresu ich wpływu na realizację całości umowy. Co przy tym istotne, obsługa serwisowa poszczególnych urządzeń istotnie różni się między sobą wartością. Przykładowo – odwołujący wycenił koszt obsługi tomografu komputerowego na kwotę bliską kosztowi obsługi wszystkich pozostałych urządzeń (801 000,00 PLN netto vs 993 000,00 PLN netto, co odpowiada blisko 45% wartości całej umowy), *vide* formularz cenowy odwołującego.

Przenosząc powyższe rozważania na konkretne przykłady, w pierwszej kolejności warto przywołać § 3 ust. 13 umowy, zgodnie z którym „w przypadku braku możliwości naprawy urządzenia na skutek jego wycofania z obsługi serwisowej i braku dostępności części zamiennych wykonawca sporządza odpowiednie orzeczenie techniczne będące podstawą do kasacji tego urządzenia”. Co oczywiste, w takim przypadku wartość umowy serwisowej powinna zostać pomniejszona o kwotę odpowiadającą wartości obsługi serwisowej konkretnego urządzenia przeznaczonego do kasacji. Innymi słowy, przy założeniu, że umowa zostanie zawarta z odwołującym, zaś np. w połowie czasu jej trwania (po 18 miesiącach) zajdzie konieczność kasacji tomografu komputerowego, łatwo obliczyć, że wynagrodzenie umowne należne odwołującemu zostałoby pomniejszone o kwotę 400 500,00 PLN netto (połowa wartości obsługi serwisowej tomografu komputerowego wskazanej w formularzu cenowym).

Jeżeli zaś umowa zostanie zawarta z wykonawcą GE Medical Systems, to niemożliwe będzie ustalenie o jaką wartość należy pomniejszyć należne mu wynagrodzenie umowne – wykonawca GE Medical Systems nie wskazał bowiem koniecznych ku temu danych w formularzu cenowym (mimo iż wymagał ich zamawiający). Co za tym idzie, będzie on mógł swobodnie manipulować poszczególnymi elementami cenowymi złożonej oferty, przykładowo – twierdząc, że obsługa serwisowa tomografu komputerowego reprezentuje dla niego najmniejszy koszt, co stwarza pole do nadużyć na etapie realizacji umowy.

Analogiczna konsekwencja powstanie w przypadku, w którym wybrany wykonawca świadczyłby prawidłowo obsługę serwisową trzech rezonansów magnetycznych, zaś dopuścił się uchybień (np. opóźnień) w zakresie tomografu komputerowego. W takim przypadku, gdyby zamawiający zdecydował się na skorzystanie z prawa odstąpienia od umowy wyłącznie w części dotyczącej tomografu (do czego miałby pełne prawo w świetle § 8 ust. 1 umowy), wynagrodzenie umowne odwołującego zostałoby pomniejszone o określony procent kwoty 801 000,00 PLN netto (wartość obsługi serwisowej tomografu komputerowego). Jeżeli zaś analogiczna sytuacja przytrafi się wykonawcy GE Medical Systems, to niemożliwe będzie ustalenie jaka część wynagrodzenia umownego jest mu należna.

Powyższe, w opinii odwołującego, mogłoby również spowodować istotne różnice w zakresie dalszego funkcjonowania obu wykonawców na rynku zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do jej rozwiązania.

O ile więc w przypadku odwołującego można by stwierdzić, że niezrealizowanie blisko 45% wartości umowy z pewnością stanowi jej niewykonanie w istotnym stopniu, to z uwagi na opisywane braki w formularzu cenowym wykonawcy GE Medical Systems, niemożliwe byłoby stwierdzenie wobec niego analogicznego skutku.

W ocenie odwołującego można domniemywać, że wykonawca GE Medical Systems zmodyfikował formularz cenowy, nie po to aby „postąpić zgodnie z wytycznymi zamawiającego”, lecz po to aby móc swobodnie manipulować wartością obsługi serwisowej poszczególnych urządzeń, tak aby poprawić swoją sytuację na etapie realizacji umowy lub nawet po jej zakończeniu. W oczywisty sposób prowadzi to do osłabienia pozycji zamawiającego, którą ten słusznie próbował zabezpieczyć poprzez wymaganie podania określonych danych w formularzu cenowym.

Z uwagi na powyższe, oferta wykonawcy GE Medical Systems – jako niezgodna z treścią SIWZ, w zakresie Pakietu nr 135 – powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Ponadto, niezależnie od powyższego, według odwołującego dokonana przez wykonawcę GE Medical Systems modyfikacja świadczy również o tym, że złożona przez niego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p.

Odwołujący przytoczył fragment wyroku Izby z 13 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2647/12, i podniósł, iż w świetle przywołanego wyroku można przyjąć, że jeśli istnieje wiele sposobów poprawienia stwierdzonej nieprawidłowości i tym samym nie można łatwo ustalić jednego, słusznego sposobu wyjaśnienia (poprawienia) nieprawidłowości, to wówczas mamy do czynienia z błędem (np. 0+0+0=20). Jeżeli zaś istnieje tylko jeden logiczny sposób poprawienia dostrzeżonej nieprawidłowości (bo wynika to wprost z przeprowadzenia prawidłowych wyliczeń matematycznych), wówczas bez

wątpienia mamy do czynienia z omyłką oczywistą (np. $1+2+3=7$).

Odnosząc powyższe do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego, w ocenie odwołującego, należy uznać, że na podstawie formularza cenowego udostępnionego przez zamawiającego można bezspornie ustalić, że jego intencją było aby wykonawcy obliczyli ceny ofertowe w następujący sposób: po pierwsze, wpisali wartość obsługi serwisowej poszczególnych urządzeń w rubrykach H2157-H2160 oraz K2157-K2160, a następnie zsumowali ceny łączne w rubrykach H2161 oraz K2161 (tj. $A+B+C+D=E$).

Natomiast wykonawca GE Medical Systems nie dostosował się do tego polecenia, przechodząc od razu do ostatniego punktu, tj. podania cen łącznych w rubrykach H2161 oraz K2161, pomijając istotny z punktu widzenia zamawiającego pierwszy krok czyli działanie matematyczne polegające na zsumowaniu czterech różnych składników.

W dniu 22 lutego 2019 r. oświadczenie w przedmiocie uwzględnienia odwołania w całości wniosła osoba prawidłowo umocowana do reprezentacji zamawiającego. Stanowisko to zostało podtrzymane przez zamawiającego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w Warszawie, ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwanego dalej jako „przystępujący”.

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego i przedłożył swoje stanowisko w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, piśmie procesowym przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną przez zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie strony i uczestnik postępowania podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony oraz dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Ponadto skład orzekający ustalił, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek wskazanych w art. 179 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący, w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów p.z.p. jego interes, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, doznał uszczerbku. Odwołujący jako jedyny złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu w ramach pakietu nr 135, zaś wyłącznie w wyniku dokonania wskazanych w odwołaniu naruszeń przez zamawiającego oferta odwołującego nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. W związku z powyższym odwołujący narażony jest na poniesienie szkody, w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego będzie jedyną niepodlegającą odrzuceniu ofertą w zakresie pakietu nr 135 postępowania, a tym samym uzyska najlepszy wynik w procesie oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby została wypełniona hipoteza art. 179 ust. 1 p.z.p., zatem odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna oferty przystępującego, dokonana przez zamawiającego.

Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu:

–do oceny czy sposób wypełnienia formularza cenowego przez przystępującego, powoduje niezgodność jego oferty z treścią SIWZ, na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.,

–do weryfikacji czy zamawiający winien, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., odrzucić ofertę przystępującego, ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny;

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedłożony przez strony, a opisany w dalszej części uzasadnienia, a także ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania, przedłożonej przez zamawiającego – mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – skład orzekający stwierdził, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą prowadzić do wniosku, iż w sprawie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, a w konsekwencji uznania odwołania za uzasadnione.

Przeciwnie, całość zebranego materiału dowodowego wskazuje, w sposób nie budzący wątpliwości, na prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, co powoduje, że odwołanie, jako nie posiadające uzasadnionych podstaw, należało oddalić.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, aby zarzut postawiony w pkt 1 *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego – posiadał uzasadnione podstawy i jako taki, zarzut ten został przez Izbę oddalony.

Zgodnie z art. 196 ust. 4 p.z.p. skład orzekający wskazuje, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem p.z.p.

Na kanwie art. 82 ust. 3 p.z.p. treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym definicja oferty, zawarta w art. 66 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p., stanowi, iż oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.

Warto zaznaczyć, że zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty, stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaofiarowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ – jest z nią zgodna (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 22.05.2017 r. sygn. akt III Ca 452/17).

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że niezgodność treści oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. dotyczy sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaofiarowanego w ofercie przez wykonawcę. Wada oferty wypełniająca hipotezę tego przepisu może również polegać 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 ofertowego – a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w dokumentacji postępowania.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z 08.05.2013 r., sygn. akt XII Ga 186/13, stwierdzić należy, że „oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Nie musi natomiast wypełniać wymogów zamawiającego co do formy prezentacji. Każdy wymóg postawiony przez zamawiającego w SIWZ co do formy składanych ofert może być traktowany wyłącznie jako zalecenie sporządzenia oferty we wskazany sposób, nie zaś jako bezwzględny obowiązek wykonawców (por. również wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 09.09.2015 r. sygn. akt XII Ga 373/15).

Ponadto, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 13.02.2017 r., sygn. akt IX Ga 3/17, „Przypadek opisany w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ występuje istotny dysonans uzasadniający twierdzenie, że wykonawca zaofiarował świadczenie inne niż opisane w SIWZ, co stwarza zagrożenie, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie niezgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.”

Skład rozpoznający odwołanie powyższe poglądy popiera i przyjmuje za własne.

Zaznaczyć również należy, że przedmiotowa niezgodność treści oferty z SIWZ musi posiadać charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Zatem omawiana podstawa odrzucenia oferty dotyczy sytuacji kiedy zamawiający nie ma możliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ – na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty, który wynika ze zdania drugiego tego przepisu.

Dalej skład orzekający wskazuje, że zastosowanie sankcji w postaci odrzucenia oferty, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., wymaga wykazania na czym niezgodność oferty polega, poprzez jednoznacznie wskazanie w ofercie co nie jest zgodne i w jaki sposób ta niezgodność występuje – w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 10.11.2011 r. sygn. akt XIX Ga 477/11, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 22.05.2017 r. sygn. akt III Ca 452/17).

Zatem punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, sporządzonej w danym postępowaniu. Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on zobowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Udostępnienie SIWZ jest bowiem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SIWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić (por. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 16.05.2012 r. sygn. akt II Ca 397/13, wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 11.03.2013 r. sygn. akt I C 577/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 10.07.2015 r. sygn. akt I C 2/15).

W ocenie składu orzekającego treść dokumentacji postępowania winna być interpretowana w miarę możliwości literalnie i ściśle – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania, tak aby z jednej strony wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, czy weryfikacji ofert konkurencji, a także aby ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących uznaniowością przy ocenie ofert.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła jak niżej.

W oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia – okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami postępowania.

1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie przeglądów technicznych, napraw, umów serwisowych, legalizacji, kalibracji, wzorcowań oraz testów specjalistycznych aparatury medycznej. Wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia zostały zawarte w załączniku nr 2b do SIWZ (pkt 3.2 rozdziału 3 SIWZ wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia).
2. Zgodnie z pkt 11.4 SIWZ „ofertę składa się na druku formularza oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) wraz z którym należy złożyć następujące dokumenty: formularz cenowy (załącznik nr 2 do SIWZ), pełnomocnictwa – jeżeli dotyczy, JEDZ”.
3. W rozdziale 13 SIWZ zamawiający określił sposób obliczenia ceny:
 - 13.15. Wykonawca cenę oferty podaje w odpowiednio wypełnionym formularzu oferty i formularzu cenowym, stanowiących załączniki odpowiednio nr 1 i nr 2a do niniejszej specyfikacji.
 - 13.16. Cena oferty to: cena wszystkich przeglądów/ legalizacji /kalibracji /testów specjalistycznych/ napraw itd. dla wszystkich aparatów w okresie 3 lat z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (VAT) wynikająca z formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2a do SIWZ. Ostateczną cenę brutto oferty stanowi wartość ogółem wynikająca z kolumny nr 11 formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2a do SIWZ (będąca sumą wartości brutto dla poszczególnych pozycji) stosownie do części na którą została złożona oferta (dotyczy części 1 – 140 i 179).
Uwaga: dla części 1 – 140 i 179:
 - w kolumnie 6 należy podać cenę netto za jeden przegląd/ legalizację/ kalibrację/ test specjalistyczny dla jednego aparatu stosownie do każdej pozycji,
 - w kolumnie 8 należy podać wartość netto przeglądów/ legalizacji/ kalibracji/ testów specjalistycznych dla wszystkich aparatów w okresie 3 lat poprzez pomnożenie kolumny 6 x 7 stosownie do każdej pozycji,
 - w kolumnie 11 należy podać wartość brutto to znaczy należy powiększyć o stawkę VAT wartość netto wynikającą z kolumny 8 stosownie do każdej pozycji,
 - wartość ogółem to suma wszystkich wartości dla poszczególnych pozycji.”

4. W rozdziale 14 SIWZ zamawiający wskazał kryteria oceny ofert – w postaci ceny brutto – 60% oceny i parametrów jakościowych – 40% oceny, w tym cena brutto „to wartość ogółem wynikająca z kolumny 10 formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2a do SIWZ (stosownie do części, na którą została złożona oferta)”.
5. Zgodnie z pkt 17.15 SIWZ umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta na warunkach określonych w załączniku nr 5 do SIWZ.
6. W formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ) w pkt 1 wykonawcy winni wskazać „cenę ryczałtową brutto ..., słownie:, w tym VAT: ...”.
7. Przystępujący złożył formularz ofertowy, do którego załączono wypełniony załącznik nr 2a do SIWZ dla części 135, udostępniony przez zamawiającego w formacie Excel.
8. Wyjaśnienia treści oferty przystępującego:

- a) zamawiający wezwał przystępującego pismem z dnia 08.01.2019 r. do złożenia wyjaśnień, w oparciu o art. 87 ust. 1 p.z.p., gdzie wskazano: „Poniżej zastrzeżenia jednego z wykonawców biorących udział w postępowaniu. (...) W związku z powyższym oczekujemy Państwa stanowiska do dnia 15.01.2019 r.”,
- b) przystępujący złożył wyjaśnienia w dniu 10.01.2019 r.;

9. W dniu 08.02.2019 r. zamawiający wybrał ofertę przystępującego, jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

W ramach uwag natury ogólnej skład orzekający wskazuje, że co do zasady, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stają naprzeciwko siebie podmioty profesjonalne – wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą i jednostki zamawiające, wydatkujące środki publiczne, w ramach określonej prawem procedury. Nie tylko od wykonawców należy wymagać należytej staranności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tożsamy obowiązek dotyczy zamawiających.

Po weryfikacji dokumentacji postępowania Izba stwierdziła, że została ona przygotowana przez zamawiającego w sposób niestaranny. Wskazany przez zamawiającego w rozdziale 13 SIWZ sposób obliczenia ceny nie jest spójny z formularzem cenowym i nie ma pokrycia we wzorze przyszłej umowy. O ile klarownym jest, że wykonawcy rywalizują ceną brutto oferty – czyli ceną wszystkich przeglądów/ legalizacji/ kalibracji/ testów specjalistycznych/ napraw itd., dla wszystkich aparatów w okresie 3 lat, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług, którą jest również ceną z kolumny 11 formularza cenowego, i to ta wartość podlega ocenie w kryterium oceny ofert (pomimo, że zgodnie z pkt 14.1 zamawiający wskazał, że bada ceny z kolumny 10, którą jest wartość VAT) – to już sam sposób wypełnienia załącznika do formularza ofertowego, w postaci formularza cenowego (załącznik nr 2a do SIWZ) budzi poważne wątpliwości.

Wskazane przez zamawiającego uwagi do załącznika nr 2a do SIWZ, dla części 1 – 140 i 179, które stanowią instrukcję wypełniania formularza cenowego (*vide* sposób obliczenia ceny, pkt 13.16 SIWZ), są niespójne z tym co znajduje się w formularzu cenowym.

Nie można zastosować sposobu wypełnienia kolumny 8 formularza, ze sposobu obliczenia ceny, bowiem nie ma liczb do przemnożenia. Natomiast sposób obliczenia ceny z kolumny 11 – gdzie żąda się podania wartości brutto, czyli wartości z 8 kolumny, stosownie dla każdej pozycji – jest sprzeczny z treścią formularza cenowego, który zawiera uwagę „jedna wartość na wszystkie aparaty” oraz niespójny z nazwą kolumny nr 11 „wartość brutto w okresie 3 lat (dla wszystkich aparatów)”. Zatem nie wiadomo czy wskazać cenę dla każdej pozycji, czy jednak dla wszystkich aparatów.

Zrozumiałym jest, że zamawiający określił, iż żąda podania ceny brutto oferty, będącej ceną za całość zamówienia, jednakże nie sposób ustalić, czy zamawiający żąda, czy jednak nie chce, podania składników cenowych co do cen za świadczenie usługi dla odrębnych aparatów. Nie da się jednoznacznie udzielić odpowiedzi na to pytanie, w oparciu o dokumentację postępowania.

W rozpoznawanej sprawie spornym było czy zamawiający wymagał, w treści formularza cenowego, podania wartości usług serwisowych dla każdego urządzenia z osobna, czy dla wszystkich razem – stąd niezbędnym było również dokonanie wykładni formularza cenowego.

Kierując się brzmieniem formularza cenowego, Izba wskazuje, że można go było wypełnić na kilka sposobów. W ocenie Izby, w spornej kolumnie 11, można było podać cztery ceny, w rozbiciu na cztery urządzenia. Wtedy „wartość brutto w okresie 3 lat” nie będzie podana „dla wszystkich aparatów”, ale dla każdego aparatu z osobna, zaś wartością dla wszystkich urządzeń będzie suma (poz. 2161, dla kolumny 11). W tym przypadku podanie czterech cen jednostkowych stoi w sprzeczności z nazwą kolumny (gdzie żąda się wartości brutto dla wszystkich aparatów, a nie dla poszczególnych aparatów) i jest niezgodne z uwagą zamawiającego, że wymaga się „jednej wartości na wszystkie aparaty”.

Można również było w kolumnie 11 podać jedną cenę. Wtedy „wartość brutto w okresie 3 lat (dla wszystkich aparatów)” jest zgodna z nazwą kolumny i uwagą zamawiającego, że ma być „jedna wartość na wszystkie aparaty”, ale stoi w sprzeczności z budową formularza cenowego, gdzie podzielono kolumnę na 4 urządzenia.

Tym niemniej, zarówno w jednym przypadku, jak i w drugim, pozycja „suma” to tożsama wartość (poz. 2161), będąca wartością niewrażliwą dla postępowania, gdyż ceną oferty, punktowaną w kryterium oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający stwierdził, że wykonawca mógł wypełnić formularz cenowy na co najmniej dwa sposoby, oba w jakimś stopniu sprzeczne z brzmieniem formularza, co jest spowodowane tym, że zamawiający udostępnił wykonawcom formularz cenowy, który jest wewnętrznie niespójny i nie określił jednoznacznie w ustalonym sposobie obliczenia ceny jak formularz wypełnić. Zaś uwagi zamawiającego (pkt 13.16) nie mogą zostać do formularza zastosowane, bo jego nie dotyczą, bądź są w kolizji z jego treścią.

Ponadto skład orzekający zaznacza, że § 6 wzoru umowy (*vide* pkt 5 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) dotyczący warunków płatności, nie posiada rozbicia na poszczególne urządzenia. Zamawiający sformułował umowę tak, że wskazuje się całkowitą wartość umowy – § 6 ust. 1 załącznika nr 5 do SIWZ, zaś w ust. 2 określono, że na kwotę tą składa się a) kwota za świadczenie kompleksowych usług serwisowych (miesięczny ryczałt za usługi serwisowe, na podstawie faktury VAT obejmującej usługi wykonane w danym miesiącu) i b) planowana kwota za wykonanie napraw. Zatem zamawiający nie podzielił w umowie wynagrodzenia na odrębne aparaty.

W konsekwencji powyższego, nie sposób doszukać się w dokumentacji postępowania celu w jakim niebagatelnym byłoby podzielenie ceny usługi serwisowej na poszczególne urządzenia, jak twierdził odwołujący. Trudno nie zauważyć również, że każdy ze sposobów wypełnienia formularza cenowego nie powoduje merytorycznej niezgodności oferty z przedmiotem zamówienia, a tylko taka niezgodność prowadzi do sankcji odrzucenia oferty.

W niektórych przypadkach sposób zaferowania przez wykonawcę zobowiązania ofertowego, sprzeczny z wymaganiami SIWZ, również mógłby być objęty hipotezą art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., tym niemniej musi być to związane z wymaganiami co do treści (sposobu opisanego, wyrażenia czy potwierdzenia zobowiązania wykonawcy), a nie co do formy przedstawienia oferty. Skład orzekający podziela w tym zakresie stanowisko Sądu Okręgowego w Szczecinie z 07.03.2018 r. sygn. akt VIII Ga 102/18, zgodnie z którym „Należy bowiem podzielić pogląd, zgodnie z którym oferta jedynie

w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji (co na gruncie tej sprawy dotyczy limitów procentowych dla poszczególnych elementów ceny), nie musi natomiast wypełniać wymogów zamawiającego co do formy prezentacji (co na gruncie tej sprawy dotyczy sposobu wypełnienia tabeli). Każdy wymóg postawiony przez zamawiającego w SIWZ co do formy składanych ofert winien być bowiem traktowany wyłącznie jako zalecenie sporządzenia oferty we wskazany sposób, nie zaś jako bezwzględny obowiązek wykonawców.” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 08.05.2013 r., XII Ga 186/13, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 09.09.2015 r., sygn. akt XII Ga 373/15).

W ustalonym stanie rzeczy odwołujący nie próbował nawet zarzucić merytorycznej niezgodności oferty przystępującego, rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. W ostateczności, można byłoby rozpatrywać czy nie doszło do niezgodności oferty przystępującego w postaci formalnej, czego nie obejmuje art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., tym niemniej to też wiąże się z obowiązkiem wskazania przez odwołującego treści SIWZ, z jaką oferta przystępującego byłaby niezgodna.

Nie sposób nie zauważyć, że odwołujący nie był w stanie wskazać treści dokumentacji postępowania, z którą oferta przystępującego jest sprzeczna. Usiłowano dokonać następczej wykładni formularza cenowego – z pominięciem sposobu obliczenia ceny, treści przyszłej umowy, wybierając jeden ze sposobów, w jaki można było wypełnić załącznik do formularza ofertowego, w postaci formularza cenowego – poprzez wskazanie hipotetycznego ciągu zdarzeń, kiedy cena za usługę serwisu, w rozbiu na poszczególne urządzenia, mogłaby stać się istotna. Jest to wtrónie związane z indolencją zamawiającego przy sposobie formułowania dokumentacji postępowania. Niemniej jednak Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego i nie znalazła podstaw do obarczenia przystępującego błędami zamawiającego.

Skład rozpoznający odwołanie podzielił w tym zakresie linię orzeczniczą, zgodnie z którą treść SIWZ musi mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, zaś błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu (por. wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt III Ca 70/15, wyrok Sąd Okręgowego w Gdańsku z dnia 10.07.2015 r., sygn. akt I C 2/15). Tym bardziej, że formularz cenowy, można było interpretować na kilka sposobów, zatem okoliczność, że przystępujący zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający (który uwzględnił odwołanie), będący autorem dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może rodzić negatywnych następstw dla wykonawcy (za linią orzeczniczą nakazującą interpretację oświadczeń woli na korzyść podmiotu, który jest tego oświadczenia adresatem – por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 16.05.2016 r., sygn. akt III Ca 224/16 oraz przywołane tam obszernie orzecznictwo).

Powyższego stanowiska nie zmienia fakt, że żaden z wykonawców nie wykorzystał uprawienia określonego w art. 38 ust. 1 p.z.p. i nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Izba wskazuje, że uprawnienie to przereza się w obowiązek wykonawcy, który może skutkować niedochowaniem należytej staranności, wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 k.c., kiedy wykonawca nie zadba o własny interes w postępowaniu (*vide* wyrok Sądu Najwyższego z 05.06.2014 r. sygn. akt IV CSK 626/13). Natomiast w gestii wykonawców nie ma obowiązku dbania o interes zamawiającego, od którego należałoby oczekiwać sumiennego i profesjonalnego przygotowania dokumentacji postępowania.

Izba zwraca również uwagę, że oferty były oceniane w kryterium ceny całkowitej za realizację zamówienia, zatem nie ma ryzyka wystąpienia nieporównywalnych ofert. Również, w oparciu o brzmienie przyszłej umowy, nie nadano poszczególnym składnikom cenowym żadnej rangi (cena za miesiąc za usługę, zgodnie z § 6 ust. 2 załącznika nr 5 do SIWZ, jest ceną za wszystkie cztery urządzenia, bez żadnego podziału na odrębne aparaty).

Natomiast po dokonaniu analizy, czy istnieje konieczność wezwania przystępującego, w oparciu o art. 87 ust. 1 p.z.p., do złożenia wyjaśnień jakie ceny przyjęto dla poszczególnych urządzeń, wobec okoliczności wskazywanych przez odwołującego, Izba stwierdziła, że byłoby to nadmiernym formalizmem, który nie może być celem samym w sobie. Innymi słowy, skoro zamawiający nie nadał w dokumentacji postępowania ważkiego znaczenia cen za serwisowanie poszczególnych urządzeń, to nie ma podstaw wzywania przystępującego do ich podania, dlatego, że jeden ze sposobów interpretacji formularza cenowego mógłby wskazywać na wymóg ich podania.

Odwołujący podnosił, że na etapie realizacji umowy, w przypadku kasacji urządzenia (zgodnie z § 3 ust. 13 załącznika nr 5 do SIWZ), bez podania cen usługi dla osobnych urządzeń, nie będzie możliwe ustalenie ich wpływu na realizację umowy, tj. w przypadku gdy wystąpi konieczność kasacji urządzenia, którego serwis obejmuje umowa – kiedy strony umowy nie dojdą do porozumienia i nastąpi konieczność wystąpienia przez zamawiającego z roszczeniem o zmianę umowy, w postaci obniżenia wynagrodzenia – istotna staje się cena za serwis konkretnego urządzenia, bowiem ułatwi to zamawiającemu dochodzenie roszczenia, natomiast w innym wypadku niemożliwym jest ustalenie o jaką wartość należałoby pomniejszyć wynagrodzenie.

Krótko wskazać należy, iż w ocenie Izby, racjonalny zamawiający – który chciałby wynagrodzeniu za serwis poszczególnych urządzeń nadać istotną wagę – to wskazałoby to w dokumentacji postępowania. W ustalonym stanie rzeczy nie ma takiej treści SIWZ, odwołującemu zatem pozostało usiłowanie dokonania następczej wykładni formularza cenowego, w oparciu o hipotetyczny ciąg zdarzeń, co jednak nie może doprowadzić do odrzucenia oferty przystępującego, ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Następnie skład orzekający wskazuje, że ze względu na uwypuklone przez odwołującego zasady naczelne p.z.p., określone w art. 7 ust. 1 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również przejrzystości postępowania, stanowisko odwołującego nie mogło się ostać.

Odwołujący postulował wybór jednego ze sposobów wykładni formularza ofertowego, w pominięciu jego całej treści i odrzucenie oferty przystępującego, gdyż można było formularz cenowy wypełnić inaczej (choć nie nastąpiła merytoryczna niezgodność zobowiązania przystępującego co do wymogów zamawiającego). Na obecnym etapie postępowania – kiedy wykonawcy oraz Krajowa Izba Odwoławcza są związani treścią dokumentacji postępowania – właśnie ze względu na wskazywane przez odwołującego zasady naczelne p.z.p. skład orzekający nie mógł przychylić się do zarzutów odwołania. Zamawiający ukształtował warunki, w których konkurują wykonawcy, w ten sposób, że doszło do niespójności i dysharmonii sposobu obliczenia ceny i formularza cenowego (posiadającego wykluczające się treści), co jednak nie może spowodować odejścia od zasad ogólnych p.z.p. na rzecz nieuprawnionej uznaniowości przy ocenie ofert.

Na marginesie należy zaznaczyć, że zamawiający skorzystał z instytucji art. 87 ust. 1 p.z.p. i w wyniku uzyskanych wyjaśnień wybrał ofertę przystępującego, jako najkorzystniejszą, zaś w toku postępowania odwoławczego zmienił zdanie i uwzględnił odwołanie. Po pierwsze Izba wskazuje, że wyjaśnienie treści oferty nie służy rozwiewaniu wątpliwości wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu (patrz treść wezwania do wyjaśnień, pkt 8a okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), a zamawiającego, bowiem to na jednostkę zamawiającą ustawodawca nałożył obowiązek

zbadań i oceny ofert. Zamawiający nawet nie próbował stwarzać pozorów, że ma wątpliwości co do treści oferty przystępującego, wskazując wprost, że to stanowisko konkurencji. Trudno takie działanie ocenić pozytywnie.

Po wtóre w ocenie Izby, z treści wezwania do wyjaśnienia nie wynika, żeby zamawiającego interesowało, jak kształtują się poszczególne ceny za serwis konkretnych urzędzeń przystępującego – zamawiający o to nie zapytał. Zatem budzi wątpliwość podnoszenie istotności tych cen, na potrzeby postępowania odwoławczego przez Izbę, skoro taka informacja nie była zamawiającemu potrzebna do wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że argumentacja odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. pozostała gołosłowna, zmierzała wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony, nadto jest sprzeczna z ustalonym stanem rzeczy i jako taka nie mogła stanowić podstawy do stwierdzenia wadliwych czynności czy zaniechań zamawiającego, zatem zarzut nr 1 został przez Izbę oddalony.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie potwierdził się również zarzut postawiony w pkt 2 *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny – zarzut ten jako bezpodstawny, został przez Izbę oddalony.

Wypełniając wymóg wynikający z art. 196 ust. 4 p.z.p. skład orzekający wskazuje, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Natomiast wobec ustawowego obowiązku poprawienia przez zamawiającego omyłek – w oparciu o art. 87 ust. 2 p.z.p. – należy przyjąć, że błędem, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., jest błąd w cenie, który nie zawiera się w ustawowych przesłankach poprawienia omyłki.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania Izba wskazuje, że *a priori* nie doszło do błędu w cenie przystępującego, bowiem odwołujący nie wykazał, aby przyjęcie przez przystępującego jednego z możliwych sposobów wypełnienia formularza cenowego powodowało błąd w cenie ofertowej. W ustalonym stanie rzeczy nie ma też ryzyka nieporównywalności ofert, ponieważ wykonawcy konkurują ceną za całość wykonania zobowiązania zawartego w ofercie, a nie za poszczególne urzędzenia. Cenie za świadczenie usługi serwisu w rozbiu na poszczególne aparaty zamawiający nie nadał – w oparciu o dokumentację postępowania – żadnej wagi, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Rozstrzygając spór skład orzekający miał również na uwadze stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku, wyrażone w wyroku z 10.07.2015 r. sygn. akt I C 2/15, gdzie wskazano, iż „Przywołany przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 w brzmieniu po wskazanej nowelizacji, stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Zdaniem jednak Sądu nie można przyjąć, że odrzucenie to winno nastąpić w sytuacji, w której do błędnego oszacowania doszło tylko i wyłącznie z winy samego zamawiającego, który nieprawidłowo przygotował Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami i w niejasny sposób opisał zlecane świadczenie oraz zasady kalkulacji należnego wynagrodzenia, stanowiące jedne z obligatoryjnych elementów specyfikacji. To właśnie na zamawiającym spoczywał obowiązek takiego skonstruowania specyfikacji, by treść oferty wykonawców mogła być przygotowana zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i by nie zachodziły żadne wątpliwości co do intencji zamawiającego. Skoro więc obie odrzucone oferty przygotowano w oparciu o specyfikację i załączniki do niej i w obu przypadkach treść ofert odpowiadała jednej z możliwych interpretacji warunków zamówienia określonych przez zamawiającego, brak było podstaw do ich odrzucenia.”

Zatem skoro przyjęcie jednego z możliwych sposobów kalkulacji jej obligatoryjnych elementów nie może powodować odrzucenia oferty, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., to tym bardziej przyjęcie jednego z możliwych sposobów obliczenia ceny, przy elemencie, któremu zamawiający nie nadał tak ważkiego znaczenia w SIWZ (cena za serwis poszczególnych urzędzeń) nie może doprowadzić do sankcji odrzucenia oferty przystępującego.

W konsekwencji powyższego, w ocenie składu orzekającego, odwołujący nie wykazał, aby doszło do naruszenia przez zamawiającego prawa. Stanowisko o zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., pozostało niepotwierdzone, a więc zarzut ten nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony, bowiem nie posiada on uzasadnionych podstaw.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia dowody przedłożone przez przystępującego, w postaci pisma z 01.03.2019 r. znak NON.1805.2019.036.4 wraz z załącznikami, tj. Zarządzeniami Dyrektora zamawiającego nr 171/205 i 66/2016, dotyczącymi likwidacji środków trwałych. W ocenie Izby na ich podstawie nie można ustalić żadnych faktów, które są istotne dla dokumentacji postępowania rozpoznawanego odwołanemu, bowiem dowody te nie są w jakikolwiek sposób związane z zobowiązaniem wykonawcy. Innymi słowy, wykonawca winien serwisować urzędzenia zamawiającego, a dowody stanowiące o sposobie ustalania kosztu serwisowanych urzędzeń, nie są w ogóle związane z usługą serwisu – upraszczając, czym innym jest cena urzędzenia, a czym innym cena jego serwisu. Nadto dowód w postaci wyjaśnień zamawiającego treści SIWZ, złożony przez przystępującego, znajdował się *ex lege* w aktach sprawy (§ 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 poz. 1092 ze zm.).

W zakresie dowodów złożonych przez odwołującego, Izba stwierdziła jak niżej. W stosunku do dowodu w postaci faksu z 07.03.2017 r., znak ZP/06/16, Szpitala Powiatowego im. dr Tytusa Chałubińskiego w Zakopanem, dotyczącego odstąpienia od umowy, na podstawie art. 145 ust. 1 p.z.p., skład orzekający wskazuje, że nie jest faktem istotnym dla rozpoznania sporu to, że przepisy są stosowane w praktyce. Natomiast w zakresie dowodu w postaci kopii pisma zamawiającego z 21.02.2019 r., znak TAM.2019.23.29, Izba zauważa, że nie jest to dokument, zaś treść tego środka dowodowego stanowi nieudolną próbę dokonania wykładni treści SIWZ przez zamawiającego i wskazuje na fakt, że zamawiający usiłował następnie usunąć swoją niestaranność przy przygotowaniu dokumentacji postępowania, twierdząc, że z postanowień SIWZ i formularza cenowego wynika zupełnie coś innego, niż to co jest tam zawarte. Ponieważ jednak to Izba dokonuje wykładni przepisów „dowód” ten, nie będący dowodem na okoliczność faktów, a ocen, pozostawał całkowicie nieprzydatnym dla rozstrzygnięcia. Trudno również nie zaznaczyć, że stanowisko zamawiającego budzi wątpliwości co do jego wiarygodności, bowiem pozostaje w sprzeczności z rozumieniem SIWZ, prezentowanym na etapie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby wynik postępowania należy rozumieć przez pryzmat pojęcia postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a p.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawarze umowę (*vide* postanowienie Sądu Najwyższego z 12.02.2014 r. sygn. akt IV CSK 291/13).

Brak potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu oraz uzasadnionymi kosztami przystępującego – który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego – w postaci kosztu zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:

.....