Sygn. akt KIO 1277/19

Sygn. akt: KIO 1277/19

WYROK

z dnia 19 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 lipca 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2019 r. przez odwołującego: B. B. i J. B. działający jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą „AIRBE" ul. Ugorek 8/49, 31-456 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: POLSKIE RADIO - Spółka Akcyjna, Al. Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa

przy udziale przystępującego: STUDIOTECH POLAN D Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bażancia 53, 02-892 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie

po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje zamawiającemu ponowny wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża POLSKIE RADIO-Spółka Akcyjna, Al. Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez B. B. i J. B. działający jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą „AIRBE" ul. Ugorek 8/49, 31-456 Kraków tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od POLSKIE RADIO - Spółka Akcyjna, Al. Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz B. B. i J. B. działający jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą „AIRBE" ul. Ugorek 8/49, 31-456 Kraków, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. 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 Warszawie.

Przewodniczący: .....

Uzasadnienie

Odwołujący to B. B. i J. B.działający jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą „AIRBE" s.c. z siedzibą ul. Ugorek 8/49, 31-456 Kraków składający odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez POLSKIE RADIO S.A. z siedzibą al. Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa.

Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia publicznego na produkcyjno-transmisyjny wóz

muzyczny na potrzeby Polskiego Radia S.A. (znak sprawy: BZP.B5.14.2019).

Postępowanie jest prowadzone przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr2019/S 075-177448 z dnia 16/04/2019

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.) wnoszone jest odwołanie od niżej wymienionych czynności oraz zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na produkcyjno-transmisyjny wóz muzyczny na potrzeby Polskiego Radia S.A.

1 Przedstawienie zarzutów oraz wniosków co do rozstrzygnięcia

Odwołujący zarzucają, że Zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 p.z.p. poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że treść złożonej przezeń oferty była w każdym aspekcie zgodna z SIWZ;

2. art. 87 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty;

3. art. 26 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie ocenienia najwyżej oferty Odwołującego i wezwania Odwołującego do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, a w konsekwencji

4. zaniechanie wyboru złożonej przez Odwołującego oferty jako najkorzystniejszej, przez co doszło również do naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p.; a w konsekwencji

5. art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnoszą o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, ewentualne wezwanie go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty,

3. ocenienia oferty Odwołującego najwyżej, a następnie wezwania go do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, a następnie

4. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

II — wykazanie interesu Odwołującego w świetle z art. 179 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący ma interes we wniesieniu Odwołania, gdyż jest wykonawcą zainteresowanym w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego, dysponuje doświadczeniem zawodowym, środkami technicznymi, zasobami finansowymi oraz osobowymi pozwalającymi na prawidłowe wykonanie zamówienia. Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą, spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu oraz nie zachodzą wobec niego podstawy

wykluczenia. Czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz unieważnieniu postępowania przynoszą uszczerbek w interesie Odwołującego, przez który rozumie nieuzyskanie zamówienia — gdyby bowiem Zamawiający podejmował działania zgodne z dyspozycjami p.z.p., oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, zaś Odwołujący miałby spodziewać się uzyskania zysku z tytułu realizacji kontraktu.

III —zachowanie terminu

Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz unieważnieniu postępowania została przekazana Odwołującemu w dniu 25 czerwca 2019 r., co oznacza, że wniesienie niniejszego odwołania zostaje dokonane z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt. 2 p.z.p.

IV — uzasadnienie zarzutów

1. Zamawiający jest w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na produkcyjno-transmisyjny wóz muzyczny na potrzeby Polskiego Radia S.A. Odwołujący złożył ofertę (jedną z dwóch, jakie zostały złożone w postępowaniu), w którym to celu posłużył się formularzem ofertowym załączonym do SIWZ, wypełnionym według wskazówek Zamawiającego.

2. W następstwie oceny ofert Zamawiający podjął czynność odrzucenia oferty Odwołującego
powołując się na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Niezgodność owa, zdaniem Zamawiającego, ma polegać na wycenie jednego elementu oferty w wysokości, która w stosunku do pozostałej części wynagrodzenia pozostaje w innej proporcji, niż miał on wymagać treści SIWZ. Elementem tym jest trzydniowe szkolenie personelu w zakresie obsługi wozu muzycznego, którego wartość - jak utrzymuje Zamawiający - nie mogła być mniejsza niż 20% wartości dostawy całego pojazdu.

3. Powyższa kwestia jest istotą przedmiotowego sporu. Należy w tym miejscu podkreślić, że stanowisko Zamawiającego opiera się na dokonanej już po otwarciu ofert interpretacji, a nawet reinterpretacji zapisów SIWZ, w konsekwencji czego doszło do arbitralnego przesądzenia o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

4. Przechodząc do szczegółów zagadnienia Odwołujący wyjaśnia, że ofertę należało przedstawić na formularzu ofertowym (którego wzór stanowi załącznik do niniejszego odwołania). W oparciu o wzór formularza wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia ceny na całość zamówienia (cena całkowita). Ponadto, w formularzu należało wyodrębnić dwa elementy kosztowe w kwotach brutto tj.:

a. wynagrodzenie z tytułu wykonania przedmiotu umowy w zakresie koncepcyjno-wykonawczym,

b. wynagrodzenie z tytułu przeprowadzenia szkoleń.

Zamawiający uczynił przy tym zastrzeżenie, że wartość zamówienia w części dotyczącej etapu koncepcyjno-wykonawczego nie może przekroczyć 80% wartości całego zamówienia.

5. Stosownie do wyżej zaprezentowanych wytycznych postąpił Odwołujący i złożył ofertę,

w ramach której cena za całość zamówienia wyniosła 1.180.123,50 złotych. Na całość tej kwoty złożyły się:

a. prace koncepcyjno-wykonawcze za kwotę: 707 250,00 złotych,

b. koszt zakupu podwozia (pojazdu bazowego) do zabudowy za kwotę: 452 873,50 złotych

c. przeprowadzenie szkoleń dla personelu za kwotę: 20 000,00 złotych.

6. Spośród zaprezentowanych wyżej czterech wyrażonych liczbami kwot, trzy znalazły się

w formularzu ofertowym, natomiast ta, która dotyczyła kosztu zakupu pojazdu bazowego została pominięta. Pomięcie tej pozycji było wyłącznie konsekwencją tego, że formularz ofertowy nie wymagał odrębnego wskazania kosztu pojazdu bazowego. Należy jednak

podkreślić, że zachowana została wymagana przez Zamawiającego proporcja w ramach której kwota za wykonanie zakresu koncepcyjno-wykonawczego nie przekracza 80% całości zamówienia.

7. Odwołujący wskazuje, że w przedmiotowej sprawie kluczowe są dwa nadużycia interpretacyjne, których dopuszcza się Zamawiający (na które powołuje się on w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego.)

8. Pierwsze polega na utożsamieniu przez Zamawiającego „kosztu zakresu koncepcyjno — wykonawczego" z całym zakresem kosztowym przedmiotu zamówienia z pominięciem wartości szkoleń. Należy przy tym podkreślić, że w żadnym miejscu SIWZ owo pojęcie nie zostało zdefiniowane w sposób, na który powołuje się Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Jest to zresztą dobrze widoczne na podstawie dokładnej lektury tegoż uzasadnienia. Sam Zamawiający wydaje się mieć problem ze wskazaniem punktu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i nie przywołuje żadnego konkretnego postanowienia tejże. Opiera się wyłącznie na luźnym powiązaniu sposobu płatności wynikającym z wzoru umowy z treścią formularza ofertowego. Czyni to jednak arbitralnie, bowiem związek ten nie został nigdzie w SIWZ wskazany wprost. Nie można też powiedzieć, by tego rodzaju związek nasuwał się sam z siebie, automatycznie. Jest wprost przeciwnie, jeżeli przyjrzeć się charakterowi zamówienia.

9. W tym miejscu warto poczynić kilka uwag natury technicznej dotyczących sposobu wykonywania tego typu pojazdu specjalistycznego. Wóz muzyczny składa się z auta bazowego — podwozia oraz wykonanej zabudowy, która w sposób rozłączny jest montowana na pojeździe bazowym. Zabudowa tego rodzaju jest możliwa do przenoszenia na inny pojazd bazowy o zbliżonych parametrach konstrukcyjnych. Ujmując rzecz skrótowo, w celu realizacji zamówienia należy zrealizować dostawę pojazdu bazowego, a następnie wykonać prace koncepcyjne i wykonawcze. Co jest istotne dla sprawy, pojazd bazowy nie jest w żaden sposób adaptowany czy poddawany modyfikacjom — jego rola ogranicza się wyłącznie do tego, że służy jako platforma do przewożenia specjalistycznej zabudowy.

10. Z powyższych względów pojazd bazowy nie jest przedmiotem prac koncepcyjno - wykonawczych, a do momentu oceny ofert także Zamawiający podobnie oceniał sprawę, wskazując w Opisie Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ), że: „Przedmiot zamówienia obejmuje swoim zakresem: 1 Dostawę pojazdu technologicznego wraz z wykonaniem specjalistycznej zabudowy spełniającej wymagania zawarte w 2.1". Widać wyraźnie, że dostawa pojazdu technologicznego (bazowego) jest rozróżniona od wykonania specjalistycznej zabudowy. Rozróżnienie to potwierdza pkt. 2.2 OPZ, w którym wskazano etapy realizacji zamówienia, gdzie w ramach etapu wykonawczego wskazano element, którym jest „integracja pojazdu z zabudową".

11. Z tej właśnie przyczyny Odwołujący nie ujął kosztu zakupu pojazdu bazowego jako elementu składającego się na prace koncepcyjno-wykonawcze. Co należy podkreślić, jego działanie nie sprzeciwiało się żadnemu postanowieniu SIWZ.

12. Drugie nadużycie interpretacyjne Zamawiającego — na które powołał się on uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego — polega na arbitralnym przyjęciu, że suma pozycji cząstkowych wskazanych w formularzu ofertowym (za etap koncepcyjno-wykonawczy oraz za etap szkolenia) ma się składać na całość zamówienia. Gdyby w istocie takie było oczekiwanie Zamawiającego, to z wszelką pewnością przybrało by ono postać jednoznacznego postanowienia SIWZ. Należy tu przypomnieć, że postanowienia dotyczące „Opisu Sposobu Obliczenia Ceny" są jednymi z kluczowych elementów każdego SIWZ, zaś ich przygotowanie w sposób jasny i zrozumiały jest obowiązkiem każdego zamawiającego. Tymczasem Zamawiający w pkt. 19 SIWZ odniósł się do zagadnienia w sposób nader ogólny. Ograniczył się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń, że cena ma być wyliczona w sposób opisany w przywołanym punkcie oraz wskazany w formularzu oferty, zaś przy jej obliczaniu należy uwzględnić koszt zakupu wozu (pojazdu bazowego szkole i innych komponentów, koszt szkoleń, kwotę podatku oraz zysk). Żadne z postanowień SIWZ nie wskazywało na to, by życzeniem Zamawiającego było ujęcie w formularzu wszystkich składowych ceny całościowej.

13. Zamawiający nie wskazał również, by jego intencją było przeprowadzenie kalkulacji szkoleń na poziomie przewyższającym wartość 20% całości dostawy pojazdu specjalistycznego. Jeżeli tak było, Zamawiający był zobligowany wyrazić to wprost. Jeżeli zaś nie zostało to wprost wyrażone, to Odwołujący miał pełne prawo nie spodziewać się, że takie jest życzenie Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że koszt dwudziestogodzinnego szkolenia nie może realnie rzecz biorąc przekraczać 230 tysięcy złotych (sic!) — tak w oparciu o ofertę Odwołującego. Jeżeli wziąć pod uwagę ofertę wybraną jako najkorzystniejszą, koszt ten urósłby do kwoty przekraczającej 600 tysięcy złotych. Przyjęcie zatem, że Zamawiający przeznaczył na szkolenie 20 % ceny całości zamówienia stanowiłoby wręcz wyraz działania przez Zamawiającego na jego własną szkodę. Odwołujący nie mógł zatem rozsądnie przypuszczać, że oczekiwaniem Zamawiającego jest przeznaczenie kilkuset tysięcy złotych

na szkolenie, którego wartość ekonomiczna jest wielokrotnie niższa. Nie mógł również przypuszczać, że zaoferowanie za szkolenie rynkowej ceny spotka się — w drodze nie tłumaczącej się nadinterpretacji postanowień SIWZ — z odrzuceniem jego oferty.

14. Bezsprzecznie zatem jest tak, że sposób wyrażenia przez Odwołującego ceny za realizację zamówienia nie sprzeciwiał się jakiemukolwiek zapisowi SIWZ. Być może - zdaje się na to wskazywać treść odrzucenia oferty — sposób ten sprzeciwiał się intencjom Zamawiającego. Jednakowoż intencje te nie zostały wcale wyrażone w SIWZ, a odpowiedzialność za to może obciążać wyłącznie Zamawiającego, nie zaś Odwołującego, który był stroną przystępującą do postępowania. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek prowadzenia postępowania zgodnie z regułami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w związku z tym popełnione przez niego niejasności czy niejednoznaczności nie mogą skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawców.

15. Odrębnym wątkiem jest kwestia zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści oferty. Gdyby Zamawiający to uczynił, uzyskałby informacje, które zostały zawarte w treści niniejszego odwołania, a które wskazują na sposób dokonania przez Odwołującego kalkulacji oraz na jej zgodność z SIWZ. Jeżeli Zamawiający — jak sam twierdzi — miał wątpliwości co do przyczyn, dla których kwoty kosztów cząstkowych nie sumują się z ceną całkowitą, winien był te wątpliwości usunąć. Dopóki owe wątpliwości istniały, przesądzenie o tym, że stosunek prac koncepcyjno-wykonawczych do reszty zamówienia jest niezgodny z SIWZ również nosi cech niedozwolonej arbitralności.

16. Co więcej — inaczej niż utrzymuje Zamawiający — co pokazuje treść niniejszego odwołania, zwrócenie się do Odwołującego o wyjaśnienia treści oferty nie prowadziłoby do negocjowania jej treści.

IV — Podsumowanie i wnioski co do rozstrzygnięcia Odwołania.

17. Zaprezentowane wyżej argumenty pokazują, że oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ zarówno jeśli chodzi o porównanie zakresu oferowanego świadczenia z zakresem określonym w SIWZ, jak i co do sposobu jej wyrażenia. Przedstawiona natomiast w uzasadnieniu odrzucenia oferty argumentacja, może co najwyżej świadczyć o działaniu Zamawiającego na jego własną szkodę (20% ceny na dwudziestogodzinne szkolenie równałoby się bowiem z wydatkowaniem kilkuset tysięcy złotych na szkolenie przedstawiające wielokrotnie mniejszą wartość).

18. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi jak we wstępie odwołania, a także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych.

19. Informuję, że niniejsze odwołanie zostało przekazane bezpośrednio Zmawiającemu na dowód czego dołączam wydruk stosownej wiadomości email.

W związku z powyższym, odwołujący wnosi jak we wstępie.

lista załączników:

1. pełnomocnictwo do wniesienia odwołania wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej oraz z informacją, odpowiadającą aktualnemu wpisowi w CEIDG dla obojga Odwołujących;

2. dowód wniesienia wpisu od odwołania;

3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm., zwanej dalej „ustawą Pzp"), Zamawiający Polskie Radio Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, po przeanalizowaniu odwołania z dnia 5 lipca bieżącego roku, wniesionego przez Odwołujących p. B. B. i p. J. B. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej „AIRBE" s.c. B. B. J. B. w Krakowie (zwanych dalej: „Odwołującymi" lub „AIRBE"), wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieorganicznego na produkcyjno-transmisyjny wóz muzyczny na potrzeby Polskiego Radia S.A. (znak sprawy: BZP.B5.14.2019), wnosi o:

1. oddalenie odwołania w całości,

2. obciążenie Odwołujących kosztami postępowania odwoławczego.

UZASADNIENIE

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zarzucają Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołujących, pomimo że jej treść była w każdym aspekcie zgodna z SIWZ;

2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołujących do złożenia wyjaśnień, co do treści złożonej oferty;

3. art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ocenienia najwyżej oferty Odwołujących i wezwania ich do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia

- w konsekwencji zarzutu naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (zarzutu powołanego powyżej w pkt. 3) również:

4. art. 91 ust. 1 poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołujących, jako oferty najkorzystniejszej,

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku podniesionymi zarzutami Odwołujący wnieśli o zobowiązanie Zamawiającego do:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołujących;

2. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołujących, ewentualne wezwanie go do złożenia dotyczących treści oferty,

3. ocenienia najwyżej oferty Odwołujących, a następnie wezwanie ich do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia,

4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołujących.

Ustosunkowując się do powyższego, Zamawiający na początku pragnie odnieść się do treści zarzutów, przywołanych powyżej, a z sformułowanych w pkt. 3 odwołania oraz związanego z nimi żądania, ujętego w pkt. 3 na stronie drugiej odwołania (żądanie ocenienia najwyżej oferty Odwołujących, a następnie wezwanie ich do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia).

Mając na względzie stan faktyczny sprawy, zarówno zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp i podnoszone w konsekwencji tego zarzutu naruszenie art. 91. ust. 1 ustawy Pzp oraz związane z nimi żądanie wezwania Odwołujących do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i spełnienie, określonego w postępowaniu, warunku udziału należy uznać, co najmniej, za przedwczesne.

Po pierwsze, formułując przedmiotowe zarzuty Odwołujący pomijają istotną okoliczność, zdając się tym samym zapominać o kolejności czynności podejmowanych w toku badania i oceny oferty, która wynika z przepisów ustawy Pzp. Podnieść należy, że wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających podejmowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, możliwe jest i następuje dopiero, gdy Zamawiający zakończy merytoryczną (w szerokim tego słowa znaczeniu) stronę badania oferty stwierdzeniem, że oferta jest prawidłowa (zgodna z SIWZ i ustawą Pzp) i w następstwie tego stwierdzenia, taka oferta — w ustanowionych w postępowaniu kryteriach oceny oferty — uzyska najwyższą liczbę punktów. Zamawiający zwraca uwagę, że w stanie faktycznym sprawy nie dokonał tzw. „oceny punktowej" oferty Odwołujących, albowiem w trakcie badania oferty w jej warstwie merytorycznej, za którą bezspornie należy uznać również treść oferty w zakresie warunków finansowych wykonania zamówienia, zaistniała sytuacja, która z braku możliwości jej konwalidowania z wykorzystaniem instytucji przewidzianych prawem zamówień publicznych, determinowała konieczność zakwalifikowania oferty do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z

art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp.

Po drugie, Odwołujący pomijają okoliczność, iż dokonanie czynności wyboru oferty, jako oferty najkorzystniejszej w danym postępowaniu, możliwe jest w momencie, gdy oferta nie tylko w swej warstwie przedmiotowej będzie prawidłowa, ale również czynności badania tzw. „strony podmiotowej" (wykazania przez wykonawcę braku podstaw do wykluczenia i warunków udziału w postępowaniu) zostaną pozytywnie zakończone. Tym samym Odwołujący zdają się zapominać, iż przed ostatecznym wyborem ich oferty, Zamawiający byłby ewentualnie zobowiązany do wezwania Odwołujących do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, do czego obliguje go art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z tego względu, zdaniem Zamawiającego zarzucanie mu naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, jak również twierdzenie, jakoby najkorzystniejszą była oferta Odwołujących, należy uznać za przedwczesne i z tego też względu zarzuty oraz żądanie nie mogą być uwzględnione.

Jednocześnie Zamawiający pragnie zauważyć, że podstawa prawna w zakresie części pierwszej zarzutu sformułowanego w pkt. 3 na stronie pierwszej odwołania, tj. zarzutu „zaniechania ocenienia najwyżej" oferty Odwołujących została błędnie skonstruowana. Zarzucając ww. zaniechanie Odwołujący de facto zarzucają Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Nie sposób jednak w tym przepisie doszukać się zobowiązania adresowanego do Zmawiającego do wykonania czynności, której zaniechanie Odwołujący zarzucają Zamawiającemu (ocenienia najwyżej ich oferty). W związku z tym nawet, jeżeli podstawa prawna w części zarzutu zaniechania wezwania Odwołujących do przedłożenia dokumentów potwierdzających została przywołana prawidłowo, niewątpliwe takiej cechy nie można jej przypisać w odniesieniu do zarzutu „zaniechania ocenienia najwyżej" oferty AIRBE. Art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie znajduje, bowiem zastosowania w stanie faktycznym właściwym dla przedmiotowego zarzutu. Niewątpliwie, wskazany zarzut jest skonstruowany wadliwie, ponieważ został oparty o niewłaściwą podstawę prawną.

W dalszej kolejności Zmawiający podnosi, iż pozostałe zarzuty odwołania są bezprzedmiotowe, a argumentacja będąca ich uzasadnieniem nie znajduje oparcia w stanie faktycznym i prawnym niniejszego postępowania, w szczególności pozostaje bez związku z podstawą odrzucenia oferty Odwołujących i argumentacją uzasadniającą rzeczone odrzucenie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, Zamawiający zwraca uwagę, że podstawą odrzucenia oferty AIRBE był art. 89 ust. 1 pkt. 2) w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, a nie samoistna przesłanka, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. W związku z tym ujawnioną w ofercie AIRBE niezgodność należało i należy upatrywać, a co za tym rozpatrywać, w kontekście art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp. W swoich wywodach Odwołujący zdają się jednak o tym istotnym szczególe zapominać.

W ślad za uzasadnieniem odrzucenia oferty Al RBE (pismo ZAR-1502/2019 z dnia 25 czerwca 2019 roku), nadmienić ponownie należy, że podstawą odrzucenia oferty Odwołujących stała się niezgodność, która z uwagi na zakaz płynący z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, była następstwem braku możliwości — bez naruszenia bezwzględnego zakazu prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących treści złożonej oferty — konwalidacji ujawnionej w ofercie sprzeczności oświadczenia Odwołujących, dotyczącego warunków finansowych zamówienia. Zamawiający nie mógł a priori zakwalifikować rzeczonej sprzeczności, a co za tym jej poprawić, jako jednej z omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności, nie było możliwe poprawienie tej sprzeczności, jako oczywistej omyłki rachunkowej (z treści oferty nie sposób wywieść oczywistości). Nie było również możliwe a priori poprawienie tej sprzeczności, jako innej omyłki, polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Jak Zamawiający wykazał w uzasadnieniu, w związku z zasadami i sposobem wynagradzania, określonymi w § 6 ust. 1 i 2 wzoru umowy (Załącznik nr 5 do SIWZ) oraz zastrzeżeniem zawartym we wzorze formularza oferty (Załącznik nr 2 do SIWZ), dotyczącym procentowej wartości pierwszej części wynagrodzenia (granica 80% wartości wykonania całego zamówienia), zakwalifikowanie niezgodności, jako ww. innej omyłki i jej ewentualna poprawa wymagała nie tylko ustalenia, jaka jest ostatecznie oferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia, ale przede wszystkim wymagała ustalenia procentowego podziału wysokości poszczególnych części wynagrodzenia, które w myśl § 6 ust. 2 wzoru umowy stanowiły o wysokości płatności, a co za tym i faktur częściowych. W konsekwencji takie ustalenia prowadziłyby do wspomnianych powyżej i zakazanych mocą art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp negocjacji.

Dodatkowo, teza ta jak i dalsze argumenty odwołania, będące de facto jej rozwinięciem, podnoszone są przez Odwołujących tyle konsekwentnie, co nieadekwatnie do podstaw prawnych odrzucenia oferty i argumentacji uzasadniającej odrzucenie. W swoim wnioskowaniu, skupiając się na próbie dowiedzenia słuszności tej tezy, a co za tym

arbitralności decyzji Zamawiającego oraz nieumiejętności Zamawiającego we wskazaniu niezgodności oferty Al RBE z treścią SIWZ, Odwołujący nie dowodzą w żaden sposób, że ujawniona w ofercie sprzeczność pomiędzy kwotą wskazaną, jako cena oferty, a kwotami wskazanymi, jako poszczególne części wynagrodzenia w stanie faktycznym sprawy była możliwa do konwalidowania w drodze instytucji przewidzianych przepisami ustawy Pzp (wyjaśnienie, poprawa). W swoich wywodach, Odwołujący nie podejmują nawet próby podważenia argumentów tego uzasadnienia, wskazujących, że w stanie faktycznym sprawy możliwe były różne sposoby dokonania poprawy, uzależnione jednak od wspomnianej już konieczności poczynienia ustaleń, które stanowiły zakazane prawem negocjacje.

Akcentując słuszność podjętych czynności Zmawiający ponownie wskazuje, że zakaz negocjacji ma charakter bezwzględny i obejmuje treść całej oferty, w tym zmianę oświadczenia woli w wyniku złożonych wyjaśnień. Za niedozwolone negocjacje uznać należy te, które prowadzą do przedstawienia de fecto nowej oferty lub takie, w których doszło do akceptowania istotnych zmian w ofercie, które w konsekwencji wykonawcę składającego oświadczenie woli niezgodne z SIWZ czynią spełniającym te warunki lub z oferty niezgodnej czynią ofertę zgodną. Zamawiający podkreślał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołujących, że zakres zaoferowanego świadczenia, oraz sposób jego wyceny nie może zostać pozostawiony do uznania wykonawcy, gdyż takie działanie umożliwiałoby manipulowanie wynikiem postępowania poprzez swoiste „dookreślanie" ceny ofertowej po terminie składania ofert (vide: wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2017 roku, sygn. akt KIO 4/17). W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający podkreślał też, że wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia nie mogą zmieniać treści dokumentów przedstawionych przez wykonawców. Argumentując zasadność odrzucenia oferty, Zamawiający wskazywał, że wynagrodzenie i poszczególne płatności (faktury) są bezspornie jednym z istotnych postanowień SIWZ, a ich wysokość określona w ofercie wykonawcy nie może być dowolnie ustalana w drodze wyjaśnień. Do tych twierdzeń Odwołujący jednak się nie odnoszą, o czym wspomniano wyżej.

Wskazywana niejednokrotnie przez Zamawiającego konieczność ustalenia w szczególności procentowanego podziału ceny oferty, w stanie faktycznym sprawy, przy zastrzeżeniu dotyczącym wysokości wynagrodzenia za etap kopncepcyjno — wykonawczy, stanowiłoby wprost podjęcie negocjacji treści złożonego przez Odwołującego oświadczenia woli w zakresie oferowanych warunków finansowych realizacji zamówienia (negocjacje treści oferty sensu stricte).

Nadto, również następcza (po uzyskaniu wyjaśnień pozwalających na ustalenia procentowego podziału) konwalidacja oferty, jako zawierającej inną omyłkę — w świetle ugruntowanych poglądów orzecznictwa i doktryny, wskazujących na wycenę jako treść oferty o dużym znaczeniu merytorycznym, określającą istotny element świadczenia - stanowiłaby niezgodne z ustawą Pzp nadużycie art. 87 ust. 2 pkt 3) z uwagi na istotność wprowadzanych zmian, a przyjęcie treści wyjaśnień umożliwiających dokonanie takiej poprawy byłoby wprost naruszeniem zakazu sformułowanego w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp.

Powyższa argumentacja znajduje swoje potwierdzenie chociażby, w przytoczonych już przez Zamawiającego (pismo ZAR-1502/2019 z dnia 25 czerwca 2019 roku), wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej. Wwyroku z dnia 20 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 11/09) Izba zaznaczyła, że: (...)sposób spłaty wierzytelności wynikającej z realizacji zamówienia jest istotny dla Zamawiającego, który przez ukształtowanie postanowień siwz nadal mu walor essentialia negotii umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) Ustalenie wysokości faktur (...) stanowi element oświadczenia woli wykonawcy. Porozumiewanie się w tej mierze zamawiającego z wykonawcą stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty (art. 87 ust. I zdanie 2 in initio Pzp)". Z kolei w wyroku z dnia 27 listopada 2017r. (sygn. akt KIO 2383/17) Izba podkreśliła, ze: „(...)w zakresie uprawnienia Zamawiającego nie mieści się prowadzenie żadnych negocjacji z wykonawcą, którego to treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonanie jakiejkolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2. Istotnym i znamiennym jest również fakt, że wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (...). Nienaruszalność treści złożonej oferty, brak możliwości negocjacji treści oferty przez wykonawcę i Zamawiającego oraz dopuszczalność korekty oferty jedynie w zakresie uchybień enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy stanowi kanon stosowania art. 87 ust. I ustawy.

Warto też przywołać raz jeszcze wyrok Izby z dnia 22 sierpnia 2017 r. wydany w połączonych sprawach (sygn. akt: KIO 1571/17; 1615/17), w którym zaznaczono: „ Ć...) zasada równego traktowania oraz zasada przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy Zamawiającego, ani oferenta. Uznanie oświadczenia woli wykonawcy złożonego wyjaśnieniami (...) byłoby dopuszczeniem istotnej zmiany jego oświadczenia woli w stosunku

do oświadczenia złożonego w ofercie. ”

Odnosząc się do poszczególnych argumentów i tez wysuwanych przez Odwołujących, podnieść też należy, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp został oparty na mylnej i nieprawdziwej tezie, jakoby stwierdzona niezgodność polegała na wycenie szkolenia personelu Zamawiającego w innej proporcji, niż tego wymagał Zamawiający w treści SIWZ. Zaznaczyć należy, że w świetle podstawy odrzucenia, jak również treści jego uzasadniania wbrew argumentom odwołania — Zamawiający nie wymagał podania ceny szkoleń o wartości 20% całego zamówienia, a podanie ceny rynkowej trzydniowych szkoleń w wysokości 20 000 zł brutto nie było podstawą uznania oferty za niezgodną z SIWZ. Również samo założenie, wynikające z dalszej części uzasadniania odwołania, a leżące między innymi u podstaw tej tezy, że wolą Zamawiającego, a co za tym i wymogiem, było podanie rynkowej ceny szkoleń, nie znajduje swojego potwierdzenia w SI WZ. Zamawiający wymagał jedynie, aby wartość etapu koncepcyjno - wykonawczego, czyli część wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, którą w świetle treści SIWZ, należało ująć w wynagrodzeniu za etap koncepcyjno — wykonawczy nie przekraczała 80% wartości całego zamówienia.

Nie sposób też przyznać racji twierdzeniom Odwołujących o rzekomym dokonaniu przez Zamawiającego, po otwarciu ofert, reinterpretacji i nadinterpretacji treści SIWZ oraz arbitralnym przesądzeniu przez Zamawiającego o niezgodności treści ich oferty z SIWZ. Zasadność przedmiotowych twierdzeń, poza kolejnymi argumentami odwołania, będącymi jedynie dalszą, wybiórczą interpretacją postanowień treści SIWZ, nie została w żaden sposób udowodniona przez Odwołujących. Odwołujący nie udowodnili a nawet nie uprawdopodobnili, że przed otwarciem ofert Zamawiający interpretował treść SIWZ w sposób odmienny, niż to wynika z uzasadnienia odrzucenia. Odwołujący nie przedstawili, żadnych Zamawiającego, które wskazywałyby jak Zamawiający rozumiał treść wymogów SIWZ przed dniem upływu terminu składnia i otwarcia ofert, która świadczyłaby o niewątpliwej zmianie sposobu rozumienia i wykładni SIWZ również w spornym zakresie.

W tym miejscu Zamawiający raz jeszcze pragnie podkreślić, że czynność odrzucenia oferty, wbrew twierdzeniu Odwołujących, nie była arbitralnym przekonaniem Zamawiającego, a czynnością opartą na wnikliwej analizie możliwości zastosowania wspomnianych już rozwiązań prawnych pozwalających na wyeliminowanie sprzeczności w ofercie AIRBE i doprowadzenie do jej zgodności z SIWZ, pozwalającej w następstwie na zapłatę wynagrodzenia zgodnie z zasadami i sposobem zawartym § 6 ust. 2 wzoru umowy.

W swojej argumentacji Odwołujący odmawiają jednak znaczenia postanowieniom wzoru umowy, skupiając się tylko na treści wzoru formularza oferty (Załącznik nr 2 do SIWZ) i traktując je, jako „luźno powiązane” z tym formularzem. Rzeczonemu twierdzeniu nie sposób jednak przyznać racji.

Zgodnie z 6 ust. 2 wzoru umowy, zapłata wynagrodzenia za realizację zamówienia miała być dokonana wyłącznie w dwóch częściach: pierwszej - po podpisaniu bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru Technicznego, który to odbiór będzie miał miejsce po realizacji etapu koncepcyjno-wykonawczego oraz drugiej — po przeprowadzeniu szkoleń. Odzwierciedleniem sposobu wynagradzania (płatności) określonego we wzorze umowy była treść wzoru formularza oferty, gdzie poza podaniem ceny (łącznego wynagrodzenia) za wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym SIWZ, Zamawiający wymagał dodatkowo wskazania wynagrodzenia z tytułu wykonania przedmiotu umowy w zakresie koncepcyjno — wykonawczym i wynagrodzenia z tytułu szkoleń — czyli kwot, które w świetle postanowień 6 ust. 2 wzoru umowy oraz przy zachowaniu wymaganej proporcji podziału wynagrodzenia miały stanowić wysokość płatności częściowych (faktur częściowych). Wzór umowy nie przewidywał dodatkowych płatności i faktur, które mogłyby uzasadniać twierdzenie Odwołujących, jakoby w formularzu oferty Zamawiający wymagał wyszczególnienia tyko wynagrodzenia będącego ekwiwalentem części kosztów związanych z wykonaniem zamówienia, tj. nieuwzględniającego wynagrodzenia za pojazd bazowy. Bezsprzecznym jest, że narzucony treścią wzoru formularza podział wynagrodzenia, a co za tym kosztów, które należało uwzględnić w jego kalkulacji, między dwie pozycje, miał bezpośrednie przełożenie na płatności, jakie zostaną realizowane za przedmiot zamówienia. W konsekwencji nie można uznać, iż koszty zakupu tylko jednego z elementów składowych produkcyjno-transmisyjnego wozu muzycznego zostały uwzględnione w odrębnej, nigdzie nieokreślonej pozycji. Za taką tezą nie przemawia także konstrukcja opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ), w którym, poza wskazaniem zakresu i wymagań dla przedmiotu zamówienia, sprecyzowane zostały — nie wliczając, niemającego znaczenia dla w spornej kwestii, odbioru technicznego — tylko dwa etapy realizacji zamówienia (pkt 2.2 Załącznika nr 1 do SIWZ). Został tam wskazany wprost: etap koncepcyjno — wykonawczy (pkt 2.2. 1) oraz szkolenia (pkt 22.3). Wyszczególnione w opisie przedmiotu zamówienia etapy bezsprzecznie odpowiadają oraz są zbieżne z określonymi w 6 wzoru umowy zasadami i sposobem wynagradzania (płatności) oraz treścią wzoru formularza oferty. W konsekwencji to właśnie podważana przez Odwołujących - jako arbitralne przyjęta, suma kwot z „pozycji cząstkowych wskazanych w formularzu oferty”, odzwierciedlających postanowienia 6 ust. 2 wzory umowy, miała „składać się na całość zamówienia” (cenę oferty, czyli wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia). Tym samym bezzasadne jest twierdzenie Odwołujących, że dostawę pojazdu

bazowego należy ujmować odrębnie. Błędnym jest też twierdzenie Odwołującego o nieistotnej roli zapisów umownych dotyczących warunków płatności i ich „luźnego powiązania" z formularzem oferty — co zostało powyżej wskazane. Wzór umowy jest bezsprzecznie istotnym elementem SIWZ i jedną z najważniejszych jej części treści.

O istotności umowy (wzoru) wypowiadała się niejednokrotnie również Krajowa Izba Odwoławcza. Warto w tym miejscu odwołać się chociażby do wyroku Izby z dnia 31 października 2012 roku (sygn. akt: 1277/12): „ (...) postanowienia siwz nie ograniczają się do samego opisu przedmiotu zamówienia, a immanentną częścią specyfikacji są również postanowienia umowne (wzór umowy) (...) ". Podobnie wypowiedziała się Izba w uchwale z dnia 14 marca 2014 roku (sygn. akt. KIO/KD 17/14): „Wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego jest integralną częścią SIWZ, zaś jego postanowienia nie mogą być sprzeczne z opisem przedmiotu zamówienia. Na gruncie p.z.p. nie sposób uznawać któregokolwiek z ww. elementów SIWZ za istotniejszy. Obydwa elementy powinny być ze sobą spójne i w sposób jednakowy opisywać przedmiot zamówienia. "

Dodatkowo konstatacji wymaga niekonsekwencja twierdzeń Odwołujących. Z jednej strony Odwołujący próbują wywieść o braku woli Zamawiającego, co do ujęcia - w wymaganych do wyszczególnienia w formularzu oferty — częściach wynagrodzenia, wynagrodzenia za pojazd bazowy. Swoje dowodzenia opierają na niezrozumiałym i niemającym oparcia w treści SIWZ założeniu, że pojazd bazowy może być odrębnym elementem kosztotwórczym wynagrodzenia, niezwiązanym z etapem koncepcyjno wykonawczym, a co tym odrębnie uregulowaną częścią wynagrodzenia. Z drugiej strony nie odnoszą się w ogóle i takiej tezy nie wywodzą, w odniesieniu do pozostałych elementów bazowych wozu (kontenera, elementów instalacji: energetycznej, oświetleniowej, klimatyzacji ogrzewania i wentylacji, systemu transmisyjnego, systemu monitoringu, tras kablowych i systemu mocowania anten), wymaganych do dostarczenia w opisie przedmiotu zamówienia. W świetle argumentacji odwołania wydaje się, że w tym przypadku, Odwołujący nie zakładają jednak, że powyższe elementy mogą stanowić odrębny element kosztotwórczy wynagrodzenia, niezwiązany z etapem koncepcyjno — wykonawczym i być odrębnie uregulowaną częścią wynagrodzenia. Odwołujący w ogóle nie wymieniają tych elementów, jako składowych ceny oferty. W tym przypadku związek wymienionych elementów z etapem koncepcyjno — wykonawczym nasuwa się jednak Odwołującym „sam z siebie, automatycznie". Dlaczego zatem kwestionują rzeczony związek w przypadku pojazdu bazowego wozu? To otwarte pytanie, świadczy o niekonsekwencji wywodów Odwołujących.

Wnioskowanie Odwołujących dziwi tym bardziej, że również w tym przypadku wzór formularza oferty nie wskazywał na konieczność wyodrębnienia tych elementów, a to podnoszą Odwołujący, argumentując pominięcie kosztu pojazdu bazowego w wyszczególnionych kwotowo w formularzu oferty częściach wynagrodzenia.

Ponadto zważyć należy, że postanowienia SIWZ ograniczające wynagrodzenie za wykonanie etapu koncepcyjno — wykonawczego do maksymalnej wysokości 80 % wartości całego zamówienia, mimo próby Odwołujących udowodnienia, że taka była rzeczywista wola Zmawiającego, nie było w żaden sposób związane z realnymi zyskami wykonawcy, ani realnymi kosztami, które poniesie wykonawca. Rzeczone zastrzeżenie było wyłącznie ograniczeniem formalnym narzuconym przez Zamawiającego i nie było równoznaczne z tym, że za wskazany etap realizacji zamówienia, wykonawcy ponoszą koszty w tych granicach. W związku z tym, próba wykazywania przez Odwołujących podziału kosztów zamówienia w stosunku 80% do 20% jest nadużyciem ze strony Odwołujących, i de facto stanowi, leżącą po ich stronie, nadinterpretację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ocenę racjonalności jej zapisów, która to ocena po upływie terminu składnia ofert i ich otwarciu nie może mieć miejsca. W związku z tym chybionym jest pogląd Odwołujących, wskazujący, jakoby nie było intencją Zamawiającego przeprowadzenie kalkulacji szkoleń na poziomie przewyższającym 20% „całości dostawy pojazdu specjalistycznego"

Na marginesie głównego wątku odpowiedzi, argumentacja odwołania pozwala na bardzo odważny wniosek, iż złożone przez Odwołujących oświadczenia w zakresie określenia warunków finansowych zamówienia, są efektem przyjęcia błędnego założenia co do sposobu wykonania zamówienia, iż dostawa pojazdu technologicznego może się mieścić poza etapem koncepcyjno - wykonawczym, które przekłada się na błędne ustalenie stanu faktycznego związanego z wykonaniem zamówienia i wynagrodzeniem.

Biorąc pod uwagę dotychczasową argumentację, w szczególności zaakcentowane ponownie faktyczne i prawne okoliczności, które determinowały odrzucenie oferty nie może ostać się kolejny zarzut odwołania, tj. zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania Odwołujących do wyjaśnień.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp

W ocenie Zamawiającego, zarzut zaniechania wezwania Odwołujących do wyjaśnień, należy

uznać nie tylko za chybiony, ale i niemogący być podstawą wniesienia odwołania w obecnym stanie prawnym.

Wyłączną podstawą wniesienia odwołania, stanowioną w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, jest podjęcie przez zamawiającego czynności niezgodnej z przepisami ustawy lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany mocą przepisów tej ustawy. W świetle przepisu powołanego artykułu, bezspornym w niniejszej sprawie musi pozostać, że odwołanie od zaniechania czynności (tudzież dokonania czynności) dotyczy czynności, których obowiązek albo zakaz wykonania stanowiony jest przepisami zawierającymi normy imperatywne. Normy, które nie uzależniają zaniechania czynności — tudzież ich dokonania — od woli zamawiającego.

Na powyższe uwagę zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 stycznia 2014 r. (sygn. akt. 37/14): „Do zamawiającego należy ocena, czy danego wykonawcę można uznać za wykonawcę uchylającego się od zawarcia umowy, i to wyłącznie zamawiający podejmuje decyzję, czy w przypadku stwierdzenia ewentualnego uchylania się od zawarcia umowy przez wybranego wykonawcę jest zainteresowany wyborem oferty i zawarciem umowy z wykonawcą, którego oferta, jako kolejna, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Żądanie przez odwołującego nakazania przez Izbę wyrokiem zamawiającemu zastosowania art. 94 ust. 3 p.z.p. należało poczytać za żądanie contra legem, niemożliwe do zaakceptowania. Rozstrzygnięcie Izby nie może nakładać na zamawiającego obowiązku zrealizowania swoich kompetencji mieszczących się wyłącznie w kategoriach dyspozytywnych, a nie imperatywnych, zatem niestanowiących o obowiązku zamawiającego, które mogłoby uzasadniać zarzut zaniechania podjęcia czynności nakazanych ustawą".

Mając na względzie powyższe bezspornym pozostaje, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera zobowiązania adresowanego do zamawiających, nakazującego im wezwanie wykonawców do wyjaśnień treści oferty — nawet w sytuacji, gdy budzi ona wątpliwości. W zakresie przewidzianej przepisem czynności wezwania do wyjaśnień, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zawiera normę dyspozytywną, wskazującą na kompetencję (możliwość) Zamawiającego zwrócenia się do wykonawców o złożenie wyjaśnień.

W ślad za dotychczasowym, zdaniem Zamawiającego, nie zwrócenie się przez niego do Odwołujących z wezwaniem do wyjaśnień, jako rezygnacja z czynności fakultatywnej, nieobowiązkowej i pozostawionej uznaniu Zamawiającego, nie może implikować uznania za zasadną, możliwości złożenia odwołania na zaniechanie wezwania. W konsekwencji, w opinii Zamawiającego, zarzucane mu zaniechanie wezwania, a przez to i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jest niczym innym, jak próbą wymuszenia na Zamawiającym dokonania rzeczonej czynności, podejmowaną przez Odwołujących w drodze wyrażonego w odwołaniu żądania, by Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie ich do złożenia wyjaśniań (żądanie sformułowane w pkt. 2, na stronie drugiej odwołania). Takie działanie w świetle powyższych argumentów i stanu prawnego — zdaniem Zamawiającego świadczy o działaniu contra legem. W opinii Zamawiającego z tych chociażby już względów zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Jednakże, niezależnie od powyższego, Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, że w stanie faktycznym sprawy już samo wezwanie do złożenia wyjaśnień mogłoby prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem nowej oferty. W związku z tym niewątpliwe mogłoby być uznane za próbę podjęcia negocjacji, zakazanych mocą art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp. Przepis art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy PZP zawiera, bowiem, w przeciwieństwie do zdania pierwszego, normę imperatywną. Słuszność tej tezy, jak również rezygnacji przez Zamawiającego z wezwania Odwołujących do wyjaśnień, potwierdzają argumenty odwołania.

Odwołujący podnoszą wprost, że w następstwie wezwania Zamawiający „uzyskałby informacje, które zostały zawarte w treści niniejszego odwołania, a które wskazują na sposób dokonania przez Odwołującego kalkulacji oraz jej zgodność z SIWZ". W kontekście takiego twierdzenia Odwołujących, nie może budzić wątpliwości, że wyjaśnienia prowadziłyby do wskazania, jako prawidłowej ceny oferty, kwoty 1 180 123,50 zł brutto. W następstwie takich wyjaśnień poprawa treści oferty, wymagałaby nadal ustalenia procentowego podziału ww. kwoty. Ustalenia te, z racji jednoznacznego zastrzeżenia co do wysokości wynagrodzenia za etap koncepcyjno — wykonawczy, zmierzałby jednak do wskazania podziału, który nie skutkowałby naruszeniem rzeczonego zastrzeżenia.

W tym miejscu warto odwołać się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 1 1 maja 2017 roku (sprawa C-131/16, Archus i Gamma), w którym TSUE zaznaczył, że: „Dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, ze szkodą dla innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania (wyrok z dnia 29 marca 2012 r., SAG

ELVS10vensk0 i in., C-599/10, EU:C:2012:191,p\& 37).”

Zdaniem Zamawiającego, wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie miałoby, a nawet nie mogłaby mieć wpływu na wynik postępowania. Argumenty podnoszone dotychczas przez Zamawiającego w sposób jasny dowodzą, iż nawet realizacja żądania Odwołującego dotyczącego wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty nie pozwoliłyby na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego. W opinii Zamawiającego, nawet w przypadku realizacji wezwania Odwołującego do wyjaśnień, nie byłoby możliwe doprowadzenie jego oferty do zgodności z SIWZ, poprzez skorzystanie z dyspozycji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W przypadku oferty Odwołującego nie ma możliwości poprawy istotnych elementów złożonego oświadczenia woli. Jak wskazano w cytowanym już wyroku KIO z dnia 14 grudnia 2017 roku (sygn. akt KIO 2419/17) „Mianem niezgodności oferty z SIWZ określa się nie tylko niezgodność zobowiązania opisanego w SIWZ ze zobowiązaniem oferowanym przez wykonawcę (tj. sytuację, w której świadczenie z oferty nie odpowiada, np. ze względu na parametry techniczne, świadczeniu oczekiwanemu przez zamawiającego), ale również przypadki sporządzenia i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ. Nadmienić trzeba że należy to odnosić do wymagań SIWZ dotyczących sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagań co do treści oferty, a nie wymagań co do jej formy, które również tradycyjnie zamieszczane są w SIWZ (np. wymóg parafowania każdej ze stron formularza oferty). ” Podobny wniosek sformułował również skład orzekający w przytaczanej powyżej uchwale KIO z dnia 5 lutego 2019 roku (sygn. akt KIO/KU 5/19). Tam Izba stwierdza, iż „Dokumentacja na podstawie której wykonawcy przygotowuj i składają oferty wiąże nie tylko tych wykonawców, ale również zamawiającego, który winien oceniać złożone oferty wyłącznie na podstawie postanowień, sprecyzowanych przed upływem terminu składania ofert. Izba nie odstępuje tu od akceptowanej od lat zasady, że wątpliwości interpretacyjne i niejasności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, jednak aby stwierdzić, że one zaistniały, należy wpierw odnieść się do całokształtu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uznać, że wątpliwości takie można było powziąć lub przyjąć inne rozumienie danych postanowień i wymogów. Natomiast tutaj taka sytuacja nie zaistniała. (,..)Oferty tej nie można też skorygować w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wycena oferty niewątpliwie jest treścią oferty, o dużym znaczeniu merytorycznym, określającą istotny element świadczenia oferenta, podlegający dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym niezgodność wyceny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia."

Z uwagi na przedstawiony stan faktyczny i prawny nie może ostać się również zarzut z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczący naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający jest zobowiązany postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie może ich dobrowolnie zmieniać na etapie po złożeniu ofert, ani od nich odstępować. Takie działanie stanowiłoby właśnie naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób sprzeczny z regułami ustawy Pzp i poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji. Podobnie w cytowanym już wyroku TSUE, „ (...jnależy przede wszystkim przypomnieć, że obowiązek przestrzegania przez instytucję zamawiającą zasady równego traktowania oferentów, mającej na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne (...), która oddaje istotę zasad Unii dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (...), wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci znajdowali się na równorzędnej pozycji zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez tę instytucję zamawiającą (...). Zasada ta wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom (...).” Zdaniem Zamawiającego, czynności podjęte w ramach niniejszego postępowania wprost wpisują się w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych, tj. zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców. Tym samym zarzut sformułowany nie zasługuje na uwzględnienie.

W świetle powyższego Zamawiający wnosi jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Zamawiający, działając zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą pzp, informuje o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Studiotech Poland S p. z o.o., z siedzibą w Warszawie, ul. Bażancia 53, 02-892 Warszawa.

Jednocześnie, działając na podstawie art. aft. 92 ust. l pkt 3) ustawy Pzp, Zamawiający informuje 4 o odrzuceniu oferty złożonej przez p. J. B. i p. B. B. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej AIRBE s.c. w Krakowie, ul. Ugorek 8/49, 31-456 Kraków, na podstawie art. 89 ust. l pkt 2 w zw. z art. 87 ust. l zd. 2 ustawy Pzp.

UZASADNIENIE

W przedmiotowym postępowaniu, w dniu 03 czerwca 2019r., o godz. 10:05, miało miejsce otwarcie ofert. Do upływu terminu składania ofert (tj. do dnia 03 czerwca br. do godz. 10:00) wpłynęły dwie oferty, tj.:
l. oferta złożona przez Studiotech Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, ul. Bażancia 53, 02-892 Warszawa — cena oferty brutto 3 778 560,00 zł.

2. oferta złożona przez p. J. B. i p. B. B. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej AIRBE s.c. w Krakowie, ul. Ugorek 8/49, 31-456 Kraków – cena oferty brutto 1 180 123,50 zł.

W wyniku przeprowadzenia czynności składających się na badanie i ocenę ofert złożonych w niniejszym postępowaniu stwierdzono, że wykonawca - Studiotech Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, wykazał brak istnienia podstaw do wykluczenia, a złożona przez niego oferta spełnia wymogi SIWZ oraz wynikające z przepisów ustawy Pzp.

Jednocześnie stwierdzono, iż oferta złożona przez p. J. B. i p. B. B. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej AIRBE s.c. w Krakowie, kwalifikuje się do odrzucenia jako oferta, której treść jest niezgodna z SIWZ, w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Zamawiający w § 6 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, wskazał iż zapłata wynagrodzenia za realizację niniejszego zamówienia nastąpi w dwóch częściach. Pierwsza po podpisaniu bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru Technicznego, które będzie miało miejsce po realizacji etapu koncepcyjno-wykonawczego oraz druga — po przeprowadzeniu szkoleń.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający w pkt. 1.1) i 1 .2) Formularza oferty, wymagał dokonania podziału ceny oferty na wynagrodzenie z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie koncepcyjno- wykonawczym oraz wynagrodzenie z tytułu przeprowadzenia szkoleń, przy czym wskazano, iż "'wynagrodzenie z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie koncepcyjno-wykonawczym nie może przekroczyć 80% wartości całego zamówienia. Z uwagi na przewidziany sposób rozliczenia realizacji niniejszego zamówienia, suma cen wskazanych w pkt. 1.1) i 1.2) Formularza oferty powinna stanowić wynagrodzenie brutto wskazane w pkt. l Formularza oferty (cenę oferty).

Nadmienić należy, iż obowiązkiem Wykonawcy składającego ofertę, zgodnie z pkt 17.1 SWZ, było zapoznanie się z wszystkimi zapisami SIWZ, której integralną

częścią są wszystkie załączniki, a w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia i postanowieniami umowy. Dla podkreślenia wagi wzoru umowy, Zamawiający dodatkowo w Formularzu oferty zamieścił oświadczenie, iż wykonawca zapoznał się ze wzorem umowy, będącym załącznikiem nr 4 do SIWZ i zobowiązuje się w przypadku wyboru jego oferty do zawarcia umowy na określonych w tym załączniku warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, stąd wykonawca świadomie składający ofertę powinien wiedzieć nie tylko jaki przedmiot zamówienia powinien zaoferować, ale również na jakich zasadach będzie realizował dane zamówienie.

W przedłożonej ofercie wskazano, iż za realizację etapu koncepcyjno-wykonawczego ww. Wykonawca wymaga 707 250 zł brutto, a za realizację szkoleń — 20 000 zł brutto. Suma powyższych kwot nie stanowi jednak kwoty wskazanej w zd. 1, pkt 1 Formularza oferty, tj. kwoty 1 180 123,50 zł brutto.

Przedmiotowa niezgodność nie może być konwalidowana w drodze dopuszczalnych prawnie instytucji, tj.: poprzez wyjaśnienie, a przede wszystkim zakwalifikowanie powyższego i dokonanie poprawy jako innej omyłki, polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. W stanie faktycznym sprawy możliwe są bowiem różne sposoby dokonania tej poprawy, a ewentualne wyjaśnienia prowadzić będą do nieuprawnianej ingerencji w treść oferty i naruszą zasadę wpisaną w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasadę niezmienności treści oferty i zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących jej treści. Poprawa przedmiotowej niezgodności wymagałaby bowiem ustalenia jaka jest ostatecznie oferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia, jak również ustalenia procentowego podziału wysokości poszczególnych płatności. Zastrzeżenie umieszczone w Formularzu oferty, że wynagrodzenie z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie koncepcyjno wykonawczym nie może przekroczyć 80% wartości całego zamówienia nie upoważnia Zamawiającego do podziału zaoferowanej ceny ofertowej brutto w stosunku 80% do 20%. Takie działanie w konsekwencji stanowiłoby wprost podjęcie próby prowadzenia z ww. Wykonawcą negocjacji złożonego przez niego oświadczenia woli w zakresie oferowanych warunków finansowych realizacji zamówienia (negocjacje treści oferty sensu stricte).

W tym miejscu, na potwierdzenie słuszności tej argumentacji warto przytoczyć chociażby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1 1/09), w którym Izba min. zaznaczyła, że „ (,..)sposób spłaty wierzytelności wynikającej z realizacji zamówienia jest istotny dla Zamawiającego, który przez ukształtowanie postanowień siwz nadal mu walor essentialia negotii umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) Ustalenie wysokości faktur stanowi element oświadczenia woli wykonawcy. Porozumiewanie się w tej mierze zamawiającego z wykonawcą stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty (art. 87 ust. I zdanie 2 in initio Pzp)",jak również wyrok Izby z 27 listopada 2017r. (sygn. akt KIO 23 83/17) ,,C..) W ocenie Izby należy na wstępie zaznaczyć w tym miejscu, że w zakresie uprawnienia Zamawiającego nie mieści się prowadzenie żadnych negocjacji z wykonawcą, którego to treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonanie jakiejkolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2. Istotnym i znamiennym jest również fakt, że wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli Nienaruszalność treści złożonej oferty, brak możliwości negocjacji treści oferty przez wykonawcę i Zamawiającego oraz dopuszczalność korekty oferty jedynie w zakresie uchybień enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy stanowi kanon stosowania art. 87 ust. I ustawy.

W przypadku oferty ww. Wykonawcy, poprawa zaistniałej niezgodności jako innej omyłki nie tylko nie mogła prowadzić do istotnej zmiany treści tej oferty, ale również sama ocena dopuszczalności tej poprawy — z uwagi na konieczność uzyskania informacji, co do sposobu i kierunku jej dokonania — wymagała uwzględnienia okoliczności, że wyjaśnienia jak również samo wezwanie nie mogą, uchybiać generalnej zasadzie nienaruszalności treści oferty oraz prowadzić do jakiejkolwiek zmiany pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (pierwotnej treści oferty).

W kontekście bezspornym musi zatem pozostać, że niedopuszczalne jest doprecyzowanie i dookreślanie oferowanej ceny po terminie składania ofert, do czego niewątpliwie doszłoby w następstwie wystosowanego do wykonawcy wezwania do wyjaśnień.

W tym miejscu warto odwołać się do wyroku Izby z dnia 22 sierpnia 2017 r. wydanego w połączonych sprawach, sygn. akt: KIO 1571/17; 1615/17: „ (...) zasada równego traktowania oraz zasada przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy Zamawiającego, ani oferenta. Uznanie oświadczenia woli wykonawcy złożonego wyjaśnieniami (...) byłoby dopuszczeniem istotnej

zmiany jego oświadczenia woli — w stosunku do oświadczenia złożonego w ofercie.

Trzeba zaznaczyć, iż o ile poprawa danej niezgodności jako innej omyłki, nie może prowadzić do istotnych zmian treści oferty, o tyle wyjaśnienia jej treści, jak również samo wezwanie nie mogą, z racji wspomnianej już generalnej zasady nienaruszalności ofert, prowadzić do jakiejkolwiek zmiany treści złożonego pierwotnie oświadczenia.

Zauważyć należy również, że przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował swoją ofertę — do czego doprowadziłoby wezwanie ww. wykonawcy i poprawa oferowanych cen stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty. Wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione. Przepis ten wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, a za zmianę taką należałoby niewątpliwie uznać precyzowanie ceny oferty oraz wysokości faktur wystawianych w trakcie realizacji zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 20 października 2017 r., sygn. akt KIO 2082/17).

Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 20 stycznia 2017 roku (sygn. akt KIO 4/17) „Decyzja, co do zakresu przedmiotowego zaoferowanego świadczenia oraz sposobu wyceny, nawet jednej pozycji asortymentowej, nie może zostać pozostawiona do uznania wykonawcy, gdyż takie działanie umożliwiałoby manipulowanie wynikiem postępowania przez swoiste „dookreślanie" ceny ofertowej po terminie składnia ("

Warto też przytoczyć stanowisko Izby zawarte w uchwale podjętej w następstwie kontroli uprzedniej wszczętej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 5 lutego 2019 r. (sygn. akt KIO/KU 5/19) – „Wycena oferty jest treścią oferty, o dużym znaczeniu merytorycznym, określającą istotny element świadczenia oferenta, podlegający dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. W związku z powyższym niezgodność wyceny z wymaganiami SIWZ stanowi podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji.

Jak wynika z powyższego, wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia nie mogą zmieniać treści dokumentów przedstawionych przez wykonawców (tak też w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 27 listopada 2003, UZP/ZO/O-1914/03).

Na niedopuszczalność precyzowania treści ofert po upływie terminu ich składania,

zwróciła również uwagę Izba w wyroku z dnia 1 1 września 2017 r. (sygn. akt KIO 1815/17) „W konsekwencji nie tylko treść wynikająca explicite ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ gdyż - co do zasady niedopuszczalnej jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi na naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji."

Mając na uwadze przytoczoną powyżej argumentację, odstąpiono od wezwania wykonawcy AIRBE s.c. do złożenia wyjaśnień, gdyż każda treść ewentualnych wyjaśnień w sposób niedozwolony wpłynęłaby na zamianę treści oferty. Za nieuprawnioną uznano również poprawę niniejszej oferty na podstawie dyspozycji wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Dodatkowo w bogatym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej można znaleźć wyroki, których stan faktyczny jest zbliżony do obecnego, a sposób argumentacji Izby wprost pokrywa się z wnioskami konstruowanymi przez Zamawiającego.

W podobnej sprawie, gdzie przedmiotem sporu było zaoferowanie przez Wykonawcę ceny przekraczającej ustalony przez Zamawiającego 5% limit na realizację fazy FI i F5 oraz szkoleń, a wycena poszczególnych faz wiązała się bezpośrednio z treścią umowy, gdzie Zamawiający szczegółowo określił warunki i terminy płatności za poszczególne fazy, Izba wskazała, iż „Nie było sporne, że cena za fazy FI i F5 miała, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, nie przekroczyć 5% wartości zamówienia. Samo wyodrębnienie faz FI i F-5 wraz ze szkoleniami do osobnej tabeli w formularzu cenowym (którego wzór Zamawiający udostępnił w formularzu programu Excel — a więc automatycznie podsumowującego elementy tabeli) powinno nasunąć Odwołującemu, że Zamawiający żąda takiego podsumowania w formularzu cenowym, aby móc ocenić w odniesieniu do sumy tejże tabeli zgodność treści oferty z treścią SIWZ pod kątem wymogu 5%. W konsekwencji skład orzekający podzielił w całości stanowisko Zamawiającego, który w odniesieniu do zarzutów odwołania trafnie zauważał, iż Odwołujący wyprowadzał wszelkie wnioski wyłącznie z treści formularza cenowego, pomijając jasną i niebudzącą wątpliwości treść SIWZ. Żaden z wykonawców nie wnosił o wyjaśnienia treści specyfikacji w tym zakresie. Izba przyznała również rację stanowisku Zamawiającego, iż niezgodność : z treścią SIWZ w ofercie Odwołującego nie kwalifikuje się do poprawienia, ponieważ po pierwsze, nie wiadomo, jaką kwotę Zamawiający powinien ująć z „nadwyżki ” (tj. kwoty przekraczającej 5% wartości oferty) wyceny faz FI i F5 wraz ze szkoleniami, a po drugie – do jakiej pozycji odjętą kwotę przypisać. Prowadziłoby to do negocjacji odnośnie treści oferty, ponieważ od formularza cenowego i podziału na fazy zależą terminy płatności, szczegółowo uregulowane przez Zamawiającego.” (por. wyrok KIO z dnia 17.05.2017, sygn. akt KIO 827/17, KIO 837/17, KIO 838/17).

W zaistniałej sytuacji przystąpiono do oceny punktowej oferty nie podlegającej odrzuceniu i spełniającej wymogi SIWZ oraz wymogi płynące z przepisów ustawy Pzp. Za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Studiotech Poland Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, ul. Bażancia 53, 02-892 Warszawa, która otrzymała najwyższą ilość punktów tj. 72.49 punktów w kryteriach oceny ofert jakimi były: cena oferty — 40 % dodatkowe parametry — 55% oraz termin realizacji zamówienia — 5%, przy I % I.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Na podstawie powyżej przedstawionych stanowisk stron (odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz decyzji zamawiającego z dnia 25 czerwca 2019 roku o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty odwołującego) oraz przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego z dokumentów i dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, doręczonej do akt przez zamawiającego i wskazanych dowodów stron na poparcie ich stanowisk, Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

Postępowanie w którym wniesiono niniejsze odwołanie dotyczy udzielenia zamówienia publicznego na produkcyjno-transmisyjny wóz muzyczny na potrzeby Polskiego Radia S.A.

(znak sprawy: BZP.B5.14.2019) zwanego dalej też „zamawiającym”.

Postępowanie prowadzone jest przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11

ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. 2018 rok poz.1986 ze zm.) zwanej dalej ustawą pzp.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 075-177448 z dnia 16/04/2019

Odwołujący złożył odwołanie w związku z decyzją zamawiającego z dnia 25 czerwca 2019 roku o odrzuceniu oferty odwołującego i wybraniu jako najkorzystniejszej oferty przystępującego po stronie zamawiającego. Jako podstawę odrzucenia oferty odwołującego zamawiający podał art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.87 ust.1ustawy pzp.

Co do złożonych ofert odwołującego i przystępującego to oferowane kwoty wykonania zamówienia mieściły się w kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przed otwarciem ofert zamawiający w dniu 3 czerwca 2019 roku podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 4.466.057,43zł. brutto. Do upływu terminu składania ofert wpłynęły dwie oferty (oferta odwołującego i przystępującego po stronie zamawiającego). Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 3.778.560,00 zł. brutto i jego ofertę w dniu 25 czerwca 2019 roku zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą. Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 1.180.123,50zł. brutto i jego ofertę odrzucono jako ofertę, której treść jest sprzeczna z treścią postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanych dalej „siwz” (Protokół z otwarcia ofert z dnia 3 czerwca 2019 roku i pismo zamawiającego z dnia 25 czerwca 2019 roku).

Zamawiający dokonując wyboru oferty przystępującego stwierdził, że jego oferta spełnia postanowienia siwz jak i przepisy ustawy pzp zarówno co do braku podstaw do wykluczenia jak i zgodności treści oferty z treścią siwz. Odnosząc się do oferty odwołującego (do złożonego formularza ofertowego w zakresie podanej ceny) zamawiający stwierdził, że zawiera ona nieusuwalne wady w stosunku do postanowień siwz zawartych w § 6 ust.2 wzoru umowy (załącznik nr 4 do siwz). Bowiem umowa przewiduje płatność za wykonanie przedmiotu zamówienia w dwóch ratach - zapłata nastąpi w dwóch częściach. Pierwsza zapłata przewidziana jest po podpisaniu bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru Technicznego, które będzie miało miejsce po realizacji etapu koncepcyjno-wykonawczego a druga zapłata nastąpi po przeprowadzeniu szkoleń (Pismo zamawiającego z dnia 25 czerwca 2019 roku). Powyższe postanowienie umowy, którą strony miały zawrzeć według zaakceptowanego wzoru w oświadczeniu znajdującym się w formularzu oferty jak i wypełniony formularz oferty odwołującego w zakresie ceny, zadecydowały o czynności zamawiającego co do odrzucenia oferty odwołującego. Ogólnie rzecz ujmując, w ocenie zamawiającego, w formularzu oferty odwołujący nieprawidłowo podał elementy składowe ceny (dwie części), ponieważ ich suma nie dawała kwoty wynagrodzenia za cały przedmiot zamówienia (cena całkowita). W toku postępowania odwoławczego zamawiający powoływał się na to postanowienie przyszłej umowy i związane z nimi uregulowania siwz, które to uniemożliwiają wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej a to z przyczyn jak poniżej.

Zamawiający przywołał treść punktu 1 Formularza oferty złożonej przez odwołującego, według obowiązującego wzoru będącego załącznikiem nr 2 do siwz. Formularz oferty co do oferowanej ceny zawierał następujące postanowienia: ”Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym SIWZ za: cenę

(wartość brutto)* .....zł. (słownie:.....) w

tym podatek VAT wg. stawki .....% w kwocie.....zł., przy czym:

1) wynagrodzenie z tytułu wykonania przedmiotu umowy w zakresie koncepcyjno-

wykonawczym wynosi.....zł. brutto**. 2)wynagrodzenie z tytułu

przeprowadzenia szkoleń wynosi.....zł. brutto. * Uwaga w

przypadku złożenia oświadczenie, o którym mowa w punkcie 2 niniejszego formularza, w pkt.1 formularza należy podać tylko wartości netto (tj. bez uwzględniania podatku VAT). ** Uwaga Wartość zamówienia w części dotyczącej etapu koncepcyjno-wykonawczego nie może przekroczyć 80% wartości całego zamówienia. W tym miejscu należy zaznaczyć, że zagadnienie sporne dotyczy rozumienia pojęcia „etapu koncepcyjno-wykonawczego". Według zamawiającego jest to całkowity koszt to jest wraz z pojazdem technologicznym (podwoziem) na którym należy wykonać prace takie jak zabudowa podwozia wraz z instalacjami i trasami kablowymi w tym koszty i opłaty związane ze zmianą przeznaczenia pojazdu na wóz muzyczny (homologacja) wraz z rejestracją wozu na zamawiającego, oprócz kosztu szkoleń. Natomiast według odwołującego etap koncepcyjno - wykonawczy to prace nad koncepcją zabudowy w porozumieniu z zamawiającym i prace wykonawcze to jest zabudowa podwozia pojazdu technologicznego i wyposażenie w instalacje i trasy kablowe zgodnie z siwz aż do uzyskania rejestracji wozu na zamawiającego, bez kosztu szkoleń i przede wszystkim bez kosztu dostawy pojazdu technologicznego.

Argumentem zamawiającego w piśmie z dnia 6 czerwca 2019 roku co do odrzucenia oferty było następujące skwitowanie powyższych postanowień punktu 1 Formularza oferty. „Zamawiający w pkt. 1.1) i 1 .2) Formularza oferty, wymagał dokonania podziału ceny oferty na wynagrodzenie z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie koncepcyjno- wykonawczym oraz wynagrodzenie z tytułu przeprowadzenia szkoleń, przy czym wskazano, iż wynagrodzenie z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie koncepcyjno-wykonawczym nie może przekroczyć 80% wartości całego zamówienia. Z uwagi na przewidziany sposób rozliczenia realizacji niniejszego zamówienia, suma cen wskazanych w pkt. 1.1) i 1.2) Formularza oferty powinna stanowić wynagrodzenie brutto wskazane w pkt. 1 Formularza oferty (cenę oferty)". W dalszej argumentacji z dnia 25 czerwca 2019 roku zamawiający przywołał obowiązek po stronie odwołującego zapoznania się z wszystkimi zapisami siwz w tym z opisem przedmiotu zamówienia i umową oraz, że zgodnie ze złożonym w Formularzu oferty oświadczeniem odwołujący zobowiązał się do zawarcia umowy na warunkach w niej ustalonych (pkt 5 Formularza oferty). Zamawiający dalej podkreślił „W przedłożonej ofercie wskazano, iż za realizację etapu koncepcyjno-wykonawczego ww. Wykonawca wymaga 707. 250,00 zł. brutto, a za realizację szkoleń — 20.000,00 zł. brutto. Suma powyższych kwot nie stanowi jednak kwoty wskazanej w zd. 1. pkt 1 Formularza oferty, tj. kwoty 1. 180. 123,50 zł. brutto". W ocenie zamawiającego powstała niezgodność to jest brak zsumowania kwot z pkt 1.1. (707. 250,00 zł.) i pkt 1.2.(20.000,00 zł.) do kwoty pkt 1. (1. 180. 123,50 zł.) stanowi niezgodność, która nie może być konwalidowana w drodze dopuszczalnych prawnie instytucji to jest art. 87 ust. 2 pkt 3) i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Szczegółowo argumentację prawną i faktyczną w tym zakresie Izba zacytowała przedstawiając powyżej zarówno odpowiedź na odwołanie złożone do Izby w dniu 17 lipca 2019 roku jak i cytowane powyżej uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego z dnia 25 czerwca 2019 roku.

Izba przytacza kwintesencję argumentacji zamawiającego zawartą w jego piśmie z dnia 25 czerwca 2019 roku w celu interpretacji decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego „Przedmiotowa niezgodność nie może być konwalidowana w drodze dopuszczalnych prawnie instytucji, tj.: poprzez wyjaśnienie, a przede wszystkim zakwalifikowanie powyższego i dokonanie poprawy jako innej omyłki, polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy pzp. W stanie faktycznym sprawy możliwe są bowiem różne sposoby dokonania tej poprawy, a ewentualne wyjaśnienia prowadzić będą do nieuprawnianej ingerencji w treść oferty i naruszą zasadę wpisaną w art. 87 ust. 1 ustawy pzp, tj. zasadę niezmienności treści oferty i zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących jej treści. Poprawa przedmiotowej niezgodności wymagałaby bowiem ustalenia jaka jest ostatecznie oferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia, jak również ustalenia procentowego podziału wysokości poszczególnych płatności. Zastrzeżenie umieszczone w Formularzu oferty, że wynagrodzenie z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie koncepcyjno - wykonawczym nie może przekroczyć 80% wartości całego zamówienia nie upoważnia Zamawiającego do podziału zaoferowanej ceny ofertowej brutto w stosunku 80% do 20%. Takie działanie w konsekwencji stanowiłoby wprost podjęcie próby prowadzenia z ww. Wykonawcą negocjacji złożonego przez niego oświadczenia woli w zakresie oferowanych warunków finansowych realizacji zamówienia (negocjacje treści oferty sensu stricte)". (...) „W przypadku oferty ww. Wykonawcy, poprawa zaistniałej niezgodności jako innej omyłki nie tylko nie mogła prowadzić do istotnej zmiany treści tej oferty, ale również sama ocena dopuszczalności tej poprawy — z uwagi na konieczność uzyskania informacji, co do sposobu i kierunku jej dokonania — wymagała uwzględnienia okoliczności, że

wyjaśnienia jak również samo wezwanie nie mogą, uchybiać generalnej zasadzie nienaruszalności treści oferty oraz prowadzić do jakiejkolwiek zmiany pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (pierwotnej treści oferty). W kontekście bezspornym musi zatem pozostać, że niedopuszczalne jest doprecyzowanie i dookreślanie oferowanej ceny po terminie składania ofert, do czego niewątpliwie doszłoby w następstwie wystosowanego do wykonawcy wezwania do wyjaśnień".

Już z tego fragmentu pisma z dnia 25 czerwca 2019 roku wynika stanowisko zamawiającego w sprawie. Po pierwsze oferta nie może być przyjęta przez zamawiającego do oceny i badania a po drugie nie ma możliwości faktycznych i prawnych do je poprawienia, ponieważ z jej treści nie wynika jak doprowadzić do jej

zgodności z siwz i doprowadzenie do zgodności stanowiło by niedopuszczalne negocjacje co do ceny po złożeniu oferty.

Zamawiający wiązał wypełniony formularz ofertowy przez odwołującego z § 6 ust.1 umowy w taki sposób, że kwoty cząstkowe powinny sumować się z kwotą globalną to jest dawać wynik kwoty globalnej (całkowitej za przedmiot zamówienia) . Natomiast odwołujący w złożonej ofercie w pkt 1 podał kwotę :W pkt 1 Formularza ofertowego kwotę brutto 1.180 .123,50 zł. a w pkt 1.1. Za etap koncepcyjno - wykonawczy kwotę 707.250,00zł. brutto i w pkt 1.2. za realizację szkoleń - 20. 000,00zł. brutto. Na brak możliwości zmiany kwot cząstkowych zamawiający wskazał treść art.87 ust.2 pkt 3 ustawy pzp oraz art.87 ust.1 ustawy pzp. Wskazując na podstawę odrzucenia oferty zamawiający także Co do zasady zamawiający podnosił kwestię braku możliwości poprawienia oferty z uwagi na to, że 80 % ustalone w formularzu było wartością maksymalną (nie może przekroczyć 80%) - zakaz przekroczenia przez wynagrodzenie za etap koncepcyjno - wykonawczy 80 % całości wynagrodzenia. Wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie czy też poprawienie oferty przekraczałoby dyspozycję art.87 ust.2 pkt 3 ustawy. Zamawiający przytoczył szereg orzeczeń na poparcie swoje stanowiska powołując się na adekwatność stanów formalno -prawnych z tych orzeczeń.

Izba rozstrzygając wniesione odwołanie odnosi się do zaistniałego stanu faktycznego (formularz ofertowy odwołującego) i prawnego (postanowienia siwz) a wskazywane zarówno przez obydwie strony rozstrzygnięcia odwołań nie dotyczyły tożsamych stanów faktycznych i w związku z tym inne były ich oceny prawne.

Obydwie strony przywoływały na poparcie swoich stanowisk również postanowienia siwz w następującym zakresie, z których Izba na rozprawie przeprowadziła dowody i dokonała ustaleń jak poniżej.

Punkt 4 siwz (str. 2 i 3 siwz) zgodnie z którym „Przedmiotem zamówienia jest dostawa produkcyjno - transmisyjnego wozu muzycznego na potrzeby Polskiego Radia S.A. Przedmiot zamówienia obejmuje swoim zakresem: 1. dostawę pojazdu technologicznego wraz z wykonaniem specjalistycznej zabudowy, 2. wykonanie instalacji energetycznej wozu muzycznego, 3. wykonanie instalacji oświetleniowej pomieszczeń wozu muzycznego oraz oświetlenia zewnętrznego wozu muzycznego,

4. wykonanie instalacji klimatyzacji ogrzewania i wentylacji pomieszczeń wozu muzycznego, 5. wykonanie instalacji systemu transmisyjnego wozu muzycznego, 6. wykonanie systemu monitoringu zewnętrznego wozu, 7. wykonanie instalacji zegara czasu z synchronizacją GPS, 8. wykonanie tras kablowych dla instalacji technologicznych niskoprądowych (instalacje audio i video, instalacja teleinformatyczna, instalacja systemu interkomowego, instalacja systemów bezprzewodowych), 9. przeprowadzenie urzędowej zmiany przeznaczenia pojazdu na pojazd specjalny- radiowo/telewizyjny i zarejestrowanie pojazdu na Polskie Radio

5. A., 10. przeprowadzenie szkoleń pracowników Zamawiającego w zakresie: a) obsługi i eksploatacji wozu, systemów i instalacji wykonanych przez Wykonawcę dla grupy pracowników działu transmisji b) serwisowania i obsługi wozu, systemów i instalacji wykonanych przez Wykonawcę dla grupy inżynieryjno-technicznej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załączniku Nr 1 do SIWZ. Pozostałe warunki wykonania zamówienia zawiera wzór umowy stanowiący

Załącznik Nr 4 do SIWZ.

Na tle tak sformułowanego opisu przedmiotu zamówienia pomiędzy stronami zaistniał spór co do znaczenia dalszych postanowień siwz, które w ramach etapów realizacji zamówienia wyodrębnia etap koncepcyjno - wykonawczy. Zdaniem zamawiającego do etapu koncepcyjno - wykonawczego należy przyjąć dostawę pojazdu technologicznego jakim jest podwozie to jest jego koszt oraz jego zabudowę z wymaganymi instalacjami i trasami kablowymi. Z kolei według oceny odwołującego etap koncepcyjno - wykonawczy nie obejmuje samej dostawy podwozia (jego kosztu) w świetle pozostałych uregulowań siwz w tym opisu przedmiotu zamówienia zał. Nr 1 (etapy realizacji zamówienia) jak i postanowień wzoru umowy zał. nr 4 do siwz.

Izba na podstawie postanowień siwz (pkt 4 siwz) ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dostawa pojazdu technologicznego, wykonanie na nim specjalistycznej zabudowy w tym instalacji i systemów, celem uzyskania produkcyjno - transmisyjnego wozu muzycznego, urzędowe zarejestrowanie wozu na zamawiającego oraz przeprowadzenie szkoleń dla pracowników zamawiającego. Reasumując z tak opisanego przedmiotu zamówienia można wyodrębnić etapy realizacji zamówienia, które zostały opisane w zał. nr 1 opis przedmiotu zamówienia do siwz.

Z kolei pkt 19 siwz zawiera „Opis Sposobu Obliczenia Ceny Oferty". 19.1 Cena oferty winna być wyliczona w sposób podany poniżej oraz wskazany w formularzu oferty, którego wzór stanowi Załącznik Nr 2 do SIWZ. W kalkulacji ceny oferty, należy uwzględnić wszelkie koszty pozostające w związku i niezbędne do należytego (tj. zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ) wykonania przedmiotu zamówienia, w zakresie wynikającym z jego opisu, w szczególności: 1) Koszt zakupu wozu oraz wszystkich elementów składowych, tj.: części, podzespoły, komponenty oraz oprogramowanie. 2) Zapewnienie szkoleń dla 29 pracowników Polskiego Radia S.A. 3) kwotę podatku VAT, obliczoną według stawki zgodnej z przepisami obowiązującymi na dzień składania ofert oraz inne opłaty i niezbędne koszty, a także obciążenia ponoszone przez wykonawcę, które pozostają w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, 4) ewentualne upusty oferowane przez wykonawcę 5) zysk Wykonawcy.

Izba ustaliła na podstawie powyższych postanowień siwz co do kształtowania ceny, że opis sposobu obliczenia ceny wskazuje na obowiązek po stronie wykonawcy uwzględnienia wszelkich kosztów a w szczególności: 1) koszt zakupu wozu 2) elementy składowe takie jak części, podzespoły, komponenty oraz ich oprogramowanie, 3) zapewnienie szkoleń 4) podatek VAT i inne opłaty i koszty 5) zysk. Przy czym są to postanowienia o ogólnym charakterze co do kosztów, które specyfikują koszty pod względem ich niezbędności i należytego wykonania zamówienia a ich konkretyzacja ma charakter przykładowy („w szczególności"). Jeżeli chodzi o sposób obliczenia ceny to przywołane są postanowienia Formularza ofertowego według Załącznika Nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Reasumując sposób obliczenia ceny pozostaje w gestii wykonawcy a postanowienia siwz mają raczej charakter standardowy. Jedynie co wyróżnia te postanowienia to przywołanie formularza ofertowego przez sformułowanie „Cena oferty winna być wyliczona w sposób podany poniżej oraz wskazany w formularzu oferty", którego wzór stanowi Załącznik Nr 2 do SIWZ. Powyższe postanowienie jest o tyle znaczące, że obliguje wykonawcę do zastosowania się w zakresie sposobu obliczenia ceny do sposobu wskazanego w formularzu ofertowym. Czyli formularz ofertowy kształtuje również sposób obliczenia ceny. Natomiast w pkt 19 siwz nie znajduje się definicja etapu koncepcyjno-wykonawczego, ponieważ zamawiający nie definiuje kosztów w kontekście spornego etapu koncepcyjno-wykonawczego. Nie znajdzie się w tej regulacji odpowiedzi jak wyodrębnić ten etap w zakresie całego procesu realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający w tym miejscu ogranicza się do stwierdzenia.

1) Koszt zakupu wozu oraz wszystkich elementów składowych, tj.: części, podzespoły, komponenty oraz oprogramowanie. Formuła elementów składowych, tj.: części, podzespoły, komponenty oraz oprogramowanie. Określenie w ten sposób kosztów zamówienia ma się nijak do już powyżej cytowanego opisu z punktu 4 siwz a w szczególności powstałego sporu co do znaczenia „etap koncepcyjno-wykonawczy". Na podstawie regulacji pkt 19 siwz nie znajdzie się odpowiedzi na pytanie czy w zakres etapu koncepcji - wykonania wchodzą części, podzespoły, komponenty oraz oprogramowanie czy też koszt zakupu wozu.

Co do załącznika Nr 1 do SIWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia” Przedmiotem zamówienia jest dostawa produkcyjno - transmisyjnego wozu muzycznego, który będzie wykorzystywany do transmisji wydarzeń muzycznych oraz produkcji nagrań muzycznych. Zamówienie obejmuje wyłącznie dostosowanie dostarczonego pojazdu wraz z kontenerem do ww funkcji poprzez wykonanie specjalistycznej zabudowy kontenerowej z wyposażeniem w elementy akustyczne, elementy do montażu urządzeń technologicznych, blaty i pulpity robocze, mechaniczne elementy funkcjonalne, instalacje energetyczne, klimatyzacji, ogrzewania i wentylacji, system transmisyjny, system monitoringu, trasy kablowe, system mocowania anten. Wyposażenie kontenera w urządzenia i instalacje do produkcji nagrań muzycznych takie jak: konsoleta dźwiękowa, głośniki, urządzenia do kształtowania sygnałów elektroakustycznych, systemy zapisu i edycji nagrań dźwiękowych, instalacje niskoprądowe audio Zamawiający zrealizuje we własnym zakresie.

Izba ustaliła, że powyższy opis wskazuje na dostarczenie pojazdu (dostawę pojazdu technologicznego) wraz z wykonaniem specjalistycznej zabudowy spełniającej wymagania techniczno - funkcjonalne produkcyjno-transmisyjnego wozu muzycznego według wymagań zawartych w pkt 2.1. OPZ. Powyższa regulacja określa przedmiot zamówienia jako dostawę pojazdu technologicznego (podwozia) oraz jako prace w celu zabudowy podwozia kontenerem i wykonanie w nim ścisłe określonych prac (instalacje, trasy kablowe) z jednoczesnym określeniem jakie prace w wozie wykona sam zamawiający, które pozostają poza zakresem zamówienia wykonawcy.

W przywołanym pkt 2.1. Wymagania techniczno - funkcjonalne produkcyjno - transmisyjnego wozu muzycznego wyróżniono dwa podpunkty: ppkt 2.1.1 Pojazd oraz 2.1.2 Zabudowa wozu muzycznego. W ppkt 2.1.1 Pojazd wyróżniono następujące opisy pojazdu zawarte w kolejnych lit.: a) ogólny opis pojazdu, b) silnik, c) kabina kierowcy, d) układ przeniesienia napędu, układ hamulcowy, systemy wspomagające prowadzenie pojazdu, systemy bezpieczeństwa. W ppkt 2.1.2 Zabudowa wozu muzycznego postanowiono, że zabudowa wozu muzycznego zostanie wykonana na podstawie wytycznych w zakresie funkcjonalnego zagospodarowania przestrzeni roboczej wozu przedstawionych w załączniku 1 do OPZ oraz przedstawiono podstawowe wymagania i opisano poszczególne jej elementy takie jak: 2.1.3. Instalacja energetyczna, 2.1.4 Instalacja oświetleniowa, 2.1.5 Instalacja klimatyzacji, ogrzewania i wentylacji, 2.1.6 System transmisyjny, 2.1.7 System monitoringu, 2.1.8 Trasy kablowe, 2.1.9 System mocowania anten. W kolejnym pkt 2.2. opisano Etapy realizacji zamówienia gdzie wyróżniono etap koncepcyjno - wykonawczy realizowany zgodnie z zawartymi wytycznymi. Ze wstępu tego punktu wynika, że etap koncepcyjny będzie kluczowym elementem procesu budowy wozu muzycznego. Zamawiający zastrzega, że przedstawiona koncepcja budowy wozu muzycznego będzie przez niego weryfikowana jak i zapewnia aktywny udział w przygotowaniu koncepcji. Zasadniczym elementem w realizacji zamówienia będzie akceptacja koncepcji przez strony, która będzie punktem wyjściowym umożliwiającym przejście do etapu wykonawczego (pkt 2.2 Etapy realizacji zamówienia OPZ - Zał. Nr 1 do SIWZ). Etap koncepcyjno - wykonawczy wyróżnia dwa etapy: a) etap koncepcji, który rozpoczyna się od przygotowania założeń koncepcyjnych przez Wykonawcę, podlegających wstępnej akceptacji przez Zamawiającego i kończy się na wspólnej akceptacji koncepcji technicznej. Drugi etap to etap wykonawczy b), który wiąże się z integracją pojazdu z zabudową wz. ścian, dachu, podłogi, drzwi(„stan surowy zamknięty”) oraz wyposażenie w wymagane instalacje elektromagnetyczne, wentylacji, klimatyzacji i ogrzewania i pozostałe instalacje i który poprzedza kolejny etap (2.) Odbiór techniczny.

Powyższe ustalenia Izby na podstawie pkt 2 i jego ppkt-ów Zał. nr 1 do siwz Opis Przedmiotu Zamówienia sprowadzają się do stwierdzenia, że zamawiający wyodrębnia formalnie (z nazwy) etap realizacji inwestycji nazwany „koncepcyjno-wykonawczym”, który określa współpracę stron oraz jej zakres (przedmiot) przed przystąpieniem do realizacji ustalonej koncepcji zabudowy kontenera wraz z jego posadowieniem i wyposażeniem na pojeździe technologicznym (podwoziu) dostarczonym przez wykonawcę. Praktycznie wyróżnia się dwa etapy: koncepcji i wykonania ale w żadnym z nich nie ma mowy o dostawie pojazdu technologicznego. Dostawa wozu technologicznego pozostaje w gestii (decyzji) wykonawcy, który ma kierować się ogólnymi wytycznymi co do jego parametrów opisanych powyżej (2.1.1 pojazd) w odróżnieniu od zabudowy wozu muzycznego (2.1.2). Na podstawie powyższych opisów Izba stwierdziła, że osobnym etapem jest dostawa pojazdu technologicznego (podwozia) a odrębnym etapem są prace na podwoziu w postaci jego zabudowania kontenerem i wyposażeniem w wymagane instalacje i trasy

kablowe. Na podstawie zamieszczonego w Zał. Nr 1 do siwz OPZ należy wyodrębnić kolejne etapy jak zmiana przeznaczenia (homologacja) wozu technologicznego na wóz muzyczny i jego zarejestrowanie na rzecz zamawiającego, co należy do obowiązku wykonawcy, bez udziału zamawiającego. Dopiero po tych pracach nastąpi Odbiór techniczny efektu dostawy podwozia i prac w zakresie zabudowy, nazwanego wozem muzycznym. Końcowym etapem realizacji zamówienia jest przeprowadzenie szkoleń dla użytkowników, pracowników zamawiającego. Niemniej są to wywiedzione etapy realizacji zamówienia z opisu w Zał. Nr 1 do siwz, które charakteryzują się odrębnością jak i zależnością, ponieważ zakończenie jednych umożliwia rozpoczęcie kolejnych niezbędnych do realizacji zamówienia. Natomiast formalnie (z nazwy) w tymże zał. nr 1 do siwz wyodrębniono etap koncepcyjno-wykonawczy, który w zakresie koncepcji nazwano kluczowym i został zdefiniowany przez sposób jego przeprowadzenia (współpraca i ustalenia z zamawiającym na etapie koncepcji) jak i zakres czynności wykonawcy, które składają się na etap wykonania (od koncepcji do zabudowy kontenera i jego usprzętowienia - instalacje, trasy kablowe).

Tak samo jak w Zał. Nr 1 do siwz przedmiot zamówienia jak i schemat etapów realizacji zamówienia, powyżej przedstawionych, zapisany jest we wzorze umowy będącym załącznikiem Nr 4 do SIWZ. Przedmiot umowy określa § 1 ust.1 wzoru umowy jako dostawę produkcyjno-transmisyjnego wozu muzycznego (§1ust.1 wzoru umowy) a zakres przedmiotu umowy określa się jako dostawę pojazdu i kontenera będących bazą do wykonania wozu muzycznego (§ 1ust.2 lit. a) umowy). Z kolei w § 1ust.2 lit. b określa się co obejmuje wykonanie zabudowy (instalacje, trasy kablowe), dalej w lit.c przeprowadzenie urzędowej rejestracji a w lit. d przeprowadzenie szkoleń pracowników. Należy nadmienić, że § 1 wzoru umowy nosi nazwę „Przedmiot Umowy". Z kolei w § 2 p.n. Termin Wykonania Przedmiotu Umowy stwierdza się, że przedmiot umowy będzie obejmował trzy główne etapy prac: a. etap koncepcyjno - wykonawczy, b. odbiór techniczny, c. szkolenia. W § 3 Warunki realizacji ust.1 przewiduje się, że przed przystąpieniem do etapu wykonawczego, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu koncepcję realizacji zamówienia i ust.3 Warunkiem rozpoczęcia etapu wykonawczego jest zaakceptowanie przez Strony koncepcji technicznej realizacji przedmiotu zamówienia. Z kolei w ust.4 Etap wykonawczy będzie przebiegał w następujących fazach: a. integracja pojazdu z zabudową wz. ścian, dachu, podłogi, drzwi („stan surowy zamknięty") przez Wykonawcę, b. wykończenie wnętrza wraz z adaptacją akustyczną, wykonanie tras kablowych wozu, mebli technologicznych przez Wykonawcę, c. wyposażenie w instalację elektroenergetyczną, wentylacji klimatyzacji i ogrzewania i pozostałe instalacje przez Wykonawcę. W ust.7 Etap koncepcyjno-wykonawczy zostanie zakończony odbiorem technicznym i ust.8 po etapie odbioru technicznego wozu muzycznego Wykonawca przeprowadzi szkolenie dla pracowników Zamawiającego.

Zamawiający odrzucając ofertę w związku z treścią Formularza ofertowego odwołującego w jego pkt 1.(wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym SIWZ) i 1.1) (wynagrodzenie z tytułu wykonania przedmiotu umowy w zakresie koncepcyjno-wykonawczym) oraz 1.2) (wynagrodzenie z tytułu przeprowadzenia szkoleń) jako podstawę przywołał w szczególności § 6 ust.2 umowy „Cena i Warunki Umowy". Zgodnie z przywołanym przepisem umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za realizację przedmiotu umowy, zgodnie z formularzem oferty Wykonawcy. Przy czym ze względu na warunki płatności wynagrodzenie podzielone jest na dwie części - § 6 ust.1. Pierwsza część wynagrodzenia przysługuje z tytułu wykonania przedmiotu umowy w zakresie wskazanym w § 1 ust.2 lit. a)-c) umowy (a-dostawa pojazdu i kontenera będących bazą do wykonania wozu muzycznego, b-wykonanie zabudowy wozu - wykonanie instalacji i tras kablowych, c-przeprowadzenie urzędowej zmiany przeznaczenia pojazdu na pojazd specjalny-radiowo/telewizyjny i zarejestrowanie pojazdu na Polskie Radio S.A.) - § 6 ust.1 pkt 1 umowy. Druga część wynagrodzenia to wynagrodzenie z tytułu przeprowadzenia szkoleń - § 6 ust. 1 pkt 2 umowy. Przywołany ust.2 § 6 umowy ustala terminy płatności dwóch części tej płatności to jest pierwsza płatność po dokonaniu odbioru technicznego a druga płatność po przeprowadzeniu szkoleń.

Izba na podstawie powyższych ustaleń z wzoru umowy stwierdza, że umowa rozgranicza dwa terminy płatności po zakończeniu etapu koncepcyjno - wykonawczego, który obejmuje kosztowo dostawę podwozia i kończy się rejestracją wozu muzycznego a etap jako zakończony potwierdzony ma być protokołem odbioru technicznego jako pierwszy etap płatności i jako drugi etap płatności po przeprowadzeniu szkoleń. Co nie oznacza, że etap koncepcyjno - wykonawczy obejmuje jako okres realizacji umowy dostawę podwozia i odwołujący podając koszt etapu koncepcyjno wykonawczego w formularzu oferty (pkt 1.1) miał obowiązek

wliczyć koszt dostawy pojazdu technologicznego (podwozia). Bowiem zakres przedmiotu obejmującego etap koncepcyjno - wykonawczy realizacji zamówienia obejmuje prace w nim określone bez kosztu dostawy podwozia co wynika z opisu przedmiotu zamówienia Zał. Nr 1 do siwz - pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast umowa w przywołanym § 6 mówi o wymagalności płatności czyli początkowej dacie, w której wykonawca ma skuteczne prawo żądania zapłaty. Praktyka obrotu nie posługuje się jako ustalenie terminu płatności pojęciem rozpoczęcie prac tylko ich zakończenia. W tym wypadku jest to Protokół odbioru technicznego wozu muzycznego czyli również dostarczonego podwozia. Natomiast drugim terminem płatności jest wykonanie szkoleń pracowników (przeprowadzenie szkoleń). Czyli wynagrodzenie całkowite podane w pkt 1 formularza ofertowego za pierwszą część według umowy to wynagrodzenie z tego punktu pomniejszone o koszt szkolenia czyli o kwotę 20.000, OOzł. (pkt 1 i 1.2 formularza oferty odwołującego). Natomiast z żadnego postanowienia SIWZ a także z formuły pkt 1 i pkt-ów 1.1. i 1.2 formularza ofertowego nie wynika, że suma kwot z pkt-ów 1.1 i 1.2 ma dać kwotę z pkt 1. Formularza ofertowego. Zamawiający wymagał podania kwoty za etap koncepcyjno - wykonawczy, ponieważ wstawił wymóg aby ten etap nie przekroczył 80 % wartości oferowanego przedmiotu zamówienia co wcale nie oznacza a wręcz wydaje się nielogicznym wnioskowanie, że szkolenie ma kosztować przynajmniej 20 % całkowitego wynagrodzenia albo więcej. Słusznie odwołujący podniósł kwestię absurdu takiej interpretacji a ta interpretacja wywodzi się z argumentacji zamawiającego, który uważa, że etap koncepcji -wykonania obejmuje dostawę podwozia i kontenera do zabudowy na podwoziu. Na błędność takiego rozumowania zamawiającego wskazuje również używane w siwz dwóch różnych pojęć to jest dostawy oraz prac, które w siwz odnoszą się do etapu koncepcji - wykonania i szkolenia. Tak więc wywód zamawiającego prowadzący do dyskwalifikacji oferty odwołującego z racji braku sumowania kwot w pkt 1.1. i 1.2 do kwoty - całkowitego wynagrodzenia z pkt 1 formularza ofertowego w ocenie Izby jest nieuprawniony w kontekście powyższych ustaleń Izby. Tylko z wiadomych względów zamawiającemu ograniczając sposób obliczenia ceny przez przywołanie formularza ofertowego (co wynika z pkt 19 siwz) zamawiający określił relację etapu koncepcyjno -wykonawczego do 80 % wartości zamówienia. Przy czym z ustaleń Izby opisanych powyżej na podstawie siwz zał. Nr 1 do siwz, zał. Nr 4 do siwz jak i samego formularza ofertowego według zał. nr 2 do siwz nie można wywieść, że etap koncepcyjno - wykonawczy pochłania koszt dostawy podwozia do zabudowy. Według ustaleń Izby jest to nienazwany etap dostawy nie mieszczący się w definicjach etapu koncepcyjno-wykonawczego. Reasumując zaistniała sytuacja nie powoduje nieusuwalnego błędu w formularzu ofertowym a sposób rozliczenia kwoty całkowitej wynagrodzenia zamawiający ma uregulowany w sposób jednoznaczny w przywoływanym powyżej § 6 umowy.

Reasumując odwołanie zasługuje na uwzględnienie na podstawie art.192 ust.2 ustawy pzp, ponieważ naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp miało wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym Izba nie stwierdza podstaw do ingerowania w oświadczenie odwołującego co do kwot wynagrodzenia podanych w pkt 1 jak i w pkt 1.1. i 1.2. formularza ofertowego w trybie czy to art.87 ust.2 pkt 3 czy też art.87 ust.1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego i 3.600,00 zł. wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie złożonej faktury VAT.

Przewodniczący: .....