

Sygn. akt: KIO 302/15

Sygn. akt: KIO 303/15

WYROK
z dnia 5 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 16 lutego 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Computex Sp. z o. o. Sp.k., S. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą RAXEL Telekomunikacja Mazowiecka S. O., ul. Mroźna 27, 03- 654 Warszawa** (KIO 302/15)
- B. w dniu 16 lutego 2015 r. przez **BIT S.A., Al. Jana Pawła II 23, 00 – 854 Warszawa** (sygn. akt KIO 303/15),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - **Gminę Wąsewo, ul. Zastawska 13, 07 – 311 Wąsewo,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Ericpol Sp. z o. o., ul. Sienkiewicza 175, 90-363 Łódź** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 302/15, KIO 303/15 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Computex Sp. z o. o. Sp.k., S. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą RAXEL Telekomunikacja Mazowiecka S. O., ul. Mroźna 27, 03- 654 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 303/15 po stronie Zamawiającego

orzeka:

-
1. Oddala odwołania;
 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Computex Sp. z o. o. Sp.k., S. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą RAXEL Telekomunikacja Mazowiecka S. O., ul. Mroźna 27, 03- 654 Warszawa** (sygn. akt: KIO 302/15) oraz wykonawcę **BIT S.A., Al. Jana Pawła II 23, 00 – 854 Warszawa** (sygn. akt: KIO 303/15) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Computex Sp. z o. o. Sp.k., S. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą RAXEL Telekomunikacja Mazowiecka S. O., ul. Mroźna 27, 03- 654 Warszawa** (sygn. akt: KIO 302/15) tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BIT S.A., Al. Jana Pawła II 23, 00 – 854 Warszawa** (sygn. akt: KIO 303/15) tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Computex Sp. z o. o. Sp.k., S. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą RAXEL Telekomunikacja Mazowiecka S. O., ul. Mroźna 27, 03- 654 Warszawa** (sygn. akt: KIO 302/15) na rzecz **Gminy Wąsewo, ul. Zastawska 13, 07–311 Wąsewo**, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.4. zasądza od wykonawcy **BIT S.A., Al. Jana Pawła II 23, 00 – 854 Warszawa**

(sygn. akt: KIO 303/15) na rzecz **Gminy Wąsewo, ul. Zastawska 13, 07-311 Wąsewo**, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Ostrołęce**.

2

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 302/15

Sygn. akt: KIO 303/15

Uzasadnienie

3

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wdrożenie projektu pt.: „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na terenie Gminy Wąsewo.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 października 2014 r. pod numerem 2014/S 193-340393.

Sygn. akt: KIO 302/15

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo że, jak wskazuje Odwołujący, jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów prawa:

1. art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
2. art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ,
3. art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Ericpol Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania z uwagi na fakt, że Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, która nie podlega odrzuceniu, choć Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Odwołujący podał, że oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą ze wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, na skutek wskazanych czynności podjętych przez Zamawiającego, Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty korzyści związanych z realizacją zamówienia publicznego. W związku z powyższym, w interesie Odwołującego pozostaje uzyskanie zgodnego z prawem rozstrzygnięcia, które pozwoli mu uzyskać przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, że jedynym kryterium ofert była cena, jakkolwiek waga tego kryterium została określona przez Zamawiającego w odniesieniu do etapu zamówienia. I tak, 30% przypasano cenie za wykonanie Etapu I zamówienia, zaś 70% przypasano cenie za wykonanie Etapu II zamówienia. Na tym tle Odwołujący podniósł, iż przeprowadzony przez Zamawiającego podział zamówienia na etapy miał charakter sztuczny i był dokonany jedynie w celu wyodrębnienia dwóch kryteriów. W

4

ocenie Odwołującego, w sensie faktycznym zarówno Etap I, jak i Etap II były funkcjonalnie częściami jednego i tego samego projektu i musiały być zrealizowane łącznie przez tego

samego wykonawcę.

Dalej Odwołujący podał, że oferta Odwołującego zawierała cenę ofertową w wysokości 3.295.571,23 zł, w tym 3.295.570,98 zł za realizację Etapu I oraz 0,25 zł za realizację Etapu II.

Odwołujący wyjaśnił, że w tych okolicznościach, w toku badania i oceny ofert, pismem z dnia 23 grudnia 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, między innymi do złożenia wyjaśnień odnośnie niższej ceny zaofiarowanej za II Etap zamówienia. Jak podał Odwołujący, dnia 30 grudnia 2014 r. odpowiedział na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Jednakże, dnia 12 stycznia 2015 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie niższej ceny za Etap II zamówienia lub poinformowania o aktualności poprzedniej argumentacji w tym zakresie. Odwołujący podał, że w tym samym dniu przesłał Zamawiającemu odpowiedź. Pismem z dnia 5 lutego 2015 r., jak podał Odwołujący, Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy Ericpol Sp. z o.o. oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Jako przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż w zakresie II Etapu zamówienia oferta Odwołującego zawiera niższą cenę.

W ocenie Odwołującego, stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy Pzp okoliczność, czy w danym przypadku cena jest niższa ocenia się w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, osią sporu pomiędzy stronami jest okoliczność, czy w przypadku niniejszego postępowania przedmiotem zamówienia był cały jego zakres przedmiotowy czy też - tak jak to sugeruje Zamawiający - pomimo, iż mamy do czynienia z jednym postępowaniem, w jego skład wchodziły dwa odrębne przedmioty zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że cena ofertowa zaproponowana przez Odwołującego wynosiła 3.295.571,23 zł, co czyniło z niej ofertę najdroższą, w związku z tym w odniesieniu do tej oferty - traktowanej jako całość - Zamawiający nie podniósł zarzutu niższej ceny. Taki zarzut został sformułowany jedynie w odniesieniu do części oferty Odwołującego, tj. do zakresu prac wskazanych do wykonania w ramach Etapu II.

Odwołujący zauważył, że w dwóch wyżej wskazanych pismach (tj. z dnia 30 grudnia 2014 r. i 12 stycznia 2015 r.) zwracał uwagę na brak podstaw po stronie Zamawiającego do wezwania do złożenia wyjaśnień odnośnie niższej ceny jedynie co do Etapu II zamówienia, a nie w odniesieniu do całej oferty. Odwołujący wskazał, że powyższe stanowisko było wielokrotnie potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1395/13; wyrok z dnia 5 października 2011

5

r., sygn. akt: KIO 2055/11; wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 684/12; wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 53/11).

Odwołujący podniósł, że zgodnie z utrwalonym poglądem wyrażonym w doktrynie, przy badaniu niższej ceny punktem wyjścia do rozważań może być tylko cena całkowita oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe, czy ceny poszczególnych elementów składających się na cały przedmiot zamówienia. Mając na uwadze powyższe należy dojść do wniosku, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający nie może odrzucić oferty z powodu zakwestionowania tylko niektórych elementów wyceny, czy niektórych pozycji w kosztorysie stanowiącym element oferty, jeżeli cena całkowita oferty nie odbiega znacząco od wartości zamówienia, cen obowiązujących na rynku, czy też cen innych ofert. Jak podał Odwołujący, powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie KIO (wyrok KIO z dnia 13 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 956/13): „Zawarta w art. 3 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach definicja oznacza, że poszczególne składniki ceny samą ceną jednak nie są. Ustalenie jednego czy kilku z nich na niższym poziomie nie przesądza o tym, że wykonawca zaofiarował niższą cenę. Aby mówić o niższej cenie musi ona w sposób zauważalny odbiegać in minus zarówno od cen innych złożonych ofert, jak i ustalonej przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia, przy czym zawsze należy brać pod uwagę cenę globalną, powstałą w wyniku podliczenia jej wszystkich składowych”. Odwołujący zwrócił uwagę, że w zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający nie wziął pod uwagę ceny globalnej złożonej oferty, a jedynie cenę za Etap II, co w kontekście wyżej przywołanego wyroku KIO, należy uznać za nieuzasadnione.

Ponadto, na co zwrócił uwagę Odwołujący, zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą KIO (wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO 1902/13): „Podanie w jednej

pozycji kosztorysu wartości 0 zł nie wywołuje skutku w postaci niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający określając postanowienia s.i.w.z. nie zawęził możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł w s.i.w.z. skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0 zł. O niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób, że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego". Zatem Izba dopuściła, jak zauważył Odwołujący, możliwość podania w zakresie jednej pozycji nawet stawki 0 zł, co z kolei nie może zostać zakwalifikowane jako rażąco niska cena.

Jak podał Odwołujący, w kolejnym wyroku Izba podtrzymała swoje stanowisko i stwierdziła (wyrok KIO z dnia 14 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 453/13), że: „Badania rażąco niskiej ceny dokonuje się w stosunku do przedmiotu zamówienia, (ceny całkowitej oferty), a nie do wyodrębnionej jego części, czy pozycji składowych. Wykonawca nie ma obowiązku wykazania rentowności w każdym szczegółowym elemencie kosztu realizacji zamówienia.

6

Pojęcie rażąco niskiej ceny może być zatem odnoszone do ceny całkowitej oferty". Ponadto, „kryterium oceny ofert może być jedna cena, nie zaś kilka cen, czy też poszczególne składniki ceny”.

Odwołujący dostrzegł również, że KIO rozpatrując analogiczną sytuację (tj. zamówienie podzielone na dwa etapy - z podaniem odrębnej ceny w ofercie dla każdego z nich) wskazała, że: „Zastrzec przy tym również należy, iż w rozpoznawanym przypadku, w szczególności ze względu na ryczałtowy charakter ceny, ważką okolicznością jest to, że w przepisach art. 90 ustawy Pzp mowa jest o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skoro wykonawca oferuje wykonanie pełnego zakresu zlecanego mu do zrealizowania zadania za jedną, z góry określoną i niezmienną kwotą (ryczałt), to rozstrzygnięcie o rażąco niskim charakterze oferowanej przez niego ceny zapaść powinno po dokonaniu oceny złożonych przez niego wyjaśnień przez pryzmat całego przedmiotu zamówienia - wyjaśnień o takiej właśnie treści (dokumentujących w sposób wiarygodny ujęcie wszystkich elementów istotnych dla obliczenia ceny, które ujęte zostały w pkt 10.7 IDW) oczekiwał Zamawiający, co wprost wynika z treści pisma z dnia 2 lipca 2013 r. Dlatego też ocenie powinny podlegać wyjaśnienia co do całkowitej ceny zawartej w ofercie" (wyrok KIO z dnia 13 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 956/13). Co istotne, zdaniem Odwołującego, jak wynika z przywołanego wyżej wyroku KIO Zamawiający powinien wskazać, że żąda wyjaśnień co do wszystkich elementów oferty, a nie jedynie ceny za Etap II.

Odwołujący podniósł również, że co prawda udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na dwa pisma wzywające do złożenia wyjaśnień, jednak od samego początku wskazywał, że wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, co do rażąco niskiej ceny tylko odnośnie II Etapu postępowania jest bezzasadne. W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że posiada legitymację do kwestionowania zasadności odrzucenia oferty. Niniejsze odwołanie nie stanowi zatem zakwestionowania złożonych wcześniej wyjaśnień, ale jest kontynuacją i potwierdzeniem stanowiska Odwołującego. Odwołujący raz jeszcze podkreślił, że w niniejszym przypadku od początku mamy do czynienia z jednym przedmiotem zamówienia. Powyżej wskazana okoliczność nie ulega wątpliwości.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że jeśli faktycznie w przedmiotowym postępowaniu występowałyby dwa odrębne przedmioty zamówienia (tj. przedmiot zamówienia byłby podzielny) to Zamawiający powinien skorzystać z opisanej w art. 88 ustawy Pzp instytucji ofert częściowych - jak wskazuje przepis art. 83 ust. 2 Pzp: *Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny.*

Jednak w tym przypadku, co podkreślił Odwołujący, Zamawiający wskazał na jeden przedmiot zamówienia, który precyzyjnie opisał w *Programie funkcjonalno-użytkowym* (załącznik nr 1 do SIWZ) oraz *Wyciągu z wniosku o dofinansowanie* (załącznik nr 7 do

7

SIWZ). Oba te dokumenty opisują pełen zakres prac bez dokonywania jakiegokolwiek podziału.

Ponadto, bezpośrednio w treści SIWZ (pkt 4 *Opis Przedmiotu Zamówienia*) Zamawiający również sam wskazał, na co zwrócił uwagę Odwołujący, iż przedmiotem

zamówienia jest wdrożenie projektu pn. „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na terenie Gminy Wąsewo”. Zamawiający dodatkowo w pkt 4.3. SIWZ stwierdził, że zakres zamówienia obejmuje dwa wyróżnione przez Zamawiającego etapy. Powyższe potwierdza, zdaniem Odwołującego, iż sam Zamawiający literalnie przyznał, iż na przedmiot zamówienia składają się Etapy I i II.

W związku z powyższym ustalając desygnat pojęciowy pojęcia „przedmiot zamówienia” Odwołujący stwierdza, iż w niniejszym przypadku przez to pojęcie należy rozumieć łącznie Etap I i Etap II. Powyższe prowadzi do wniosku, iż ewentualny przypadek wystąpienia rażąco niskiej ceny należy weryfikować w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia (Etapów I i II), a nie do jego sztucznie wyodrębnionego fragmentu. Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż w opisanej sytuacji istnieje pełna paralelność z sytuacją, w której jednej lub kilku pozycji kosztorysowej można przypisać rażąco niską cenę, podczas gdy jednocześnie cena ofertowa za całość przedmiotu zamówienia nie jest ceną rażąco niską. W związku z tym powoływane wcześniej orzecznictwo, w ocenie Odwołującego, ma pełne zastosowanie do niniejszego stanu faktycznego.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, w przypadku jego oferty nie można mówić o rażąco niskiej cenie, a Zamawiający nie miał podstawy, aby wezwać Odwołującego do złożenia w tym względzie wyjaśnień. Odwołujący ponownie zwrócił uwagę, że w piśmie z dnia 12 stycznia 2015 r. Zamawiający zażądał od Odwołującego jedynie wyjaśnień w zakresie ceny w II Etapie zamówienia, a nie całkowitej ceny oferty. Z kolei, wyjaśnienia w zakresie braku podstaw do takiego wezwania były przekonujące, odpowiednio umotywowane, a także wyraźnie wskazujące, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 5 lutego 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, „*że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień. Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał wykonawcę pismem z dnia 12.01.2015 r., do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w II Etapie projektu, w szczególności w zakresie:*

1) oszczędności metody wykonania,

8

2) wybranych rozwiązań technicznych,

3) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,

4) oryginalności projektu wykonawcy,

5) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Wykonawca uznał, że punktem wyjścia może być tylko całkowita cena oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe czy ceny poszczególnych elementów składających się na cały przedmiot zamówienia. W ocenie Wykonawcy, jeżeli cena całkowita oferty nie odbiega znacząco od wartości zamówienia, cen obowiązujących na rynku, czy też cen innych ofert. Wykonawca uznał także, iż w przypadku jego oferty nie można mówić o rażąco niskiej cenie, a Zamawiający nie miał podstawy, aby wezwać wykonawcę do złożenia w tym względzie wyjaśnień. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Zamawiający nie zgadza się z argumentacją Wykonawcy. W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający w ramach całego zamówienia wyraźnie rozgraniczył etap I i etap II, w ramach których wykonawca przeprowadzał odrębną kalkulację kosztów. Kwoty przewidziane na sfinansowanie każdej z części były podane na otwarciu ofert. Każda z tych cen powinna zatem być rozpatrywana w odniesieniu do danego etapu, są to bowiem ceny globalne, za które wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający ma prawo badać, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W zaistniałym stanie faktycznym przedmiotem zamówienia jest wykonanie etapu I i etapu II, co zamawiający wyraźnie wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami ocen są ceny z etapu I i etapu II, gdzie waga kryterium ceny II etapu to 70%. Ceny, jakie Wykonawca zaproponuje za wykonanie przedmiotu zamówienia są zatem dla zamawiającego niezwykle

istotne, a kwota ta musi być realna. W ocenie Zamawiającego cena ryczałtowa brutto za II etap (60 miesięcy) w wysokości 0,25 zł stanowi rażąco niską cenę. Wykonawca, na wezwanie Zamawiającego, nie przedłożył w tym zakresie żadnych dowodów. Złożone przez wykonawcę pismo nie odpowiada treści wezwania Zamawiającego.

Zatem oferta Wykonawcy, na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, podlega odrzuceniu.

Zamawiający informuje, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Zamawiającego złożenie oferty wykonania etapu II za cenę 0,25 zł, która była kryterium oceny ofert, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W niniejszej sprawie Zamawiający wprowadził różne kryteria cenowe – za cenę etapu I (waga kryterium 30%) i cenę etapu II (waga kryterium 70%). Za każde z kryterium

9

dokonywana była odrębna ocena. Przy takim sposobie sformułowania kryteriów oceny ofert i przyjętych zasadach ich oceny, zasadne jest postawienie Wykonawcy zarzutu dokonania czynu nieuczciwej konkurencji poprzez manipulowanie kryteriami oceny ofert, celem uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy nie stosowali takich praktyk i uczciwie wskazali cenę. Złożenie oferty z tak niską ceną za etap II realizacji przedmiotu umowy spowodowało przy dokonywaniu przez Zamawiającego oddzielnej oceny każdego z kryteriów, uzyskanie przez Wykonawcę maksymalnej oceny w zakresie tego kryterium, kosztem innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Nawet zaoferowanie niższych cen w zakresie etapu I nie zmienia pozycji wykonawcy. W ocenie Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że działania wykonawcy zostały podjęte w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, a więc celem Wykonawcy było utrudnienie innym wykonawcom dostępu co najmniej do uzyskania zamówienia. Ponadto zaoferowana stawka nie jest w ocenie Zamawiającego realna do wykonania zamówienia przez okres II etapu. Zatem działania Wykonawcy stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a oferta podlega odrzuceniu.

Podstawa prawna:

- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – złożona oferta Wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

- art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, iż Odwołujący nie posiada legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Przepis art. 179 ustawy Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma on lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Badanie spełnienia przesłanek wyrażonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp następuje w ramach danego postępowania odwoławczego, które podlega rozpoznaniu, wykazanie zaś tych przesłanek, uzasadniających legitymację czynną spoczywa na podmiocie, który ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w ustawie, chce w konkretnym postępowaniu skorzystać.

Mając na względzie stanowisko prezentowane zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze przedmiotu, w ocenie Izby przyjąć należy, że Odwołujący jest podmiotem, który

10

ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym aktualnym stanie prawnym należy bowiem przyjmować, że jakikolwiek hipotetyczny interes wykazywany przez podmiot, także nie będący wykonawcą czy uczestnikiem konkursu, stanowi legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wystarczającym jest wykazywanie, że podmiot ten ma wolę uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu.

Podkreślić trzeba jednak, że sama przesłanka interesu nie jest wystarczająca.

Redakcja przepisu art. 179 ustawy Pzp wskazuje bowiem wyraźnie, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania – łącznie z interesem, że wykonawca (czy też inny podmiot) poniósł czy też może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo, niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy tą szkodą a naruszeniem przepisów ustawy.

W rezultacie więc, konieczne jest w każdym przypadku wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał (czy też zaniechał dokonania) czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Wnoszący środek ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym musi więc dowieść obiektywnej potrzeby rozstrzygnięcia, wynikającej z faktu naruszenia lub zagrożenia bezprawnymi zachowaniami zamawiającego – jego szansy (choćby potencjalnej) na uzyskanie zamówienia, bowiem tylko tak można rozumieć normalne następstwa uchybień zamawiającego. Zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt V CSK 18/08, następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Mając na względzie powyższe, niewątpliwie trzeba przyjąć, że w niniejszym postępowaniu Odwołujący upatrując swojego uszczerbku przez pozbawienie go możliwości realizacji zamówienia wobec wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez innego Wykonawcę i odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego nie wykazał możliwości poniesienia szkody, choć co do zasady zaistnienie wskazanych okoliczności determinuje legitymację do wniesienia odwołania.

Niemniej jednak lektura odwołania nie pozostawia wątpliwości, że przedmiotem odwołania Odwołujący uczynił czynność odrzucenia własnej oferty, ale jedynie w zakresie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji, z powodu błędnej oceny oferty Odwołującego, Odwołujący podniósł zarzut wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej. W tych okolicznościach, w ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, że Odwołujący nawet, gdyby wykazał, że ocena jego oferty w kwestionowanym zakresie była nieprawidłowa, nie jest w stanie

11

doprowadzić do zmiany wyniku postępowania i uzyskania zamówienia, bowiem czynność odrzucenia oferty Odwołującego z tego powodu, że złożenie przez Odwołującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji jako niezakwestionowana, nie może zostać wzruszona (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Tym samym Odwołujący nie wykazał możliwości poniesienia szkody.

Wydaje się, że uszło uwadze Odwołującego, że Zamawiający wskazał dwie przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego. Pierwsza, to ustalenie przez Zamawiającego, że złożenie przez Odwołującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Druga zaś, to nie jak wskazuje Odwołujący, że oferta zawiera rażąco niską cenę, ale fakt, że Odwołujący nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny w taki sposób, aby obalić domniemanie w tym przedmiocie. Skoro Odwołujący nie kwestionuje na obecnym etapie postępowania prawidłowości odrzucenia swojej oferty z powodu czynu nieuczciwej konkurencji, to nie budzi wątpliwości, że szansy na uzyskanie zamówienia się pozbawił, nie domagając się oceny w tym zakresie i nie mogąc się już domagać jej z uwagi na upływ terminu do wniesienia odwołania, a tym samym dopuszczając do usankcjonowania decyzji Zamawiającego w tym zakresie. Oznacza to, że szkody w tym postępowaniu, przynajmniej ze względu na swoją beczynność w tym zakresie, ponieść nie może, a to przesądza o braku legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Powyższe stanowisko znajduje oparcie w dotychczasowym orzecznictwie, wystarczy wskazać na wyrok Izby z dnia 15 września 2014 r. sygn. akt: KIO 1820/14.

Z tego względu Izba odstąpiła od merytorycznego rozpatrzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów. Jak wskazano bowiem w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: „*Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Niemniej w uzasadnieniu wydanego przez*

siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić”.

Niezależnie od powyższego Izba jedynie na marginesie wskaże, że twierdzenia Odwołującego, nawet gdyby podlegały rozpoznaniu, nie zasługiwałyby na aprobatę. Po pierwsze, Odwołujący stoi na stanowisku, że wezwanie Odwołującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie mogło dotyczyć jedynie II Etapu zamówienia. Izba nie podziela tego stanowiska, biorąc pod uwagę charakter zamówienia. Dostrzeżenia wymaga, że Etap I zamówienia służył realizacji zamówienia co do istoty, Etap II obejmował zaś aktywność

12

wykonawcy w okresie trwania gwarancji na dostarczony sprzęt komputerowy, oprogramowanie i infrastrukturę. Powyższe wskazuje, że są to dwa elementy zamówienia, który w łatwy sposób można wyodrębnić i których przedmiot jest różny, a więc wymaga skalkulowania stosownie do podejmowanych czynności i w sposób realny.

Sam Zamawiający oczekiwał również odrębnej kalkulacji, co więcej czyniąc kryterium oceny ofert cenę za realizację każdego z etapów zamówienia. Ma to niebagatelne znaczenie, bowiem z jednej strony Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek oszacowania zamówienia odrębnie dla dwóch różnych etapów, dążąc tym samym do podania przez wykonawców ceny za każdy etap i zabezpieczając sobie możliwości jej oceny, z drugiej zaś strony ustalił kryteria oceny ofert w taki sposób, aby zagwarantować wykonanie przedmiotu zamówienia w II Etapie, zważywszy na wagę kryterium oceny ofert. Jednakże przypisanie tak wysokiej wagi kryterium oceny ofert, jakim była cena za wykonanie Etapu II zamówienia nie uprawniało wykonawców do skalkulowania ceny w oderwaniu od realiów rynkowych, jedynie w celu uzyskania zamówienia. W orzecznictwie przyjmuje się, że takie działanie stanowi nie tylko o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, ale podlega również ocenie z punktu widzenia rażąco niskiej ceny (wyrok KIO z dnia 26 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 236/15 i KIO 241/15).

W powołanym wyroku Izba podkreśliła, że „poszczególne ceny jednostkowe winny zostać tak skalkulowane przez wykonawców, aby mogły zostać uznane za realne i zapewniające rentowność wykonania usługi, które wycenę stanowią. Każda z cen jednostkowych stanowić powinna samodzielną i rynkową wycenę usługi, do której się odnosiła”. Izba podziela to stanowisko, mając na względzie samodzielną wskazanych etapów zamówienia. Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje stanowisko Odwołującego, że podział ten ma charakter sztuczny po pierwsze z tej przyczyny, że Odwołujący nie kwestionował postanowień SMW. Po drugie zaś, okoliczność, że zamówienie miało być realizowane przez jednego wykonawcę nie stoi na przeszkodzie wyodrębnieniu etapów wykonania zamówienia i odpowiedniego ich skalkulowania. Co więcej, w opinii Izby, podział zamówienia na części jest uzasadniony, biorąc pod uwagę właściwą realizację przedmiotu zamówienia i okres po jego realizacji.

Na tym tle interpretowanie normy prawnej wynikającej z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w ten sposób, że badanie rażąco niskiej ceny jest możliwe jedynie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia jako całości nie jest uprawnione, skoro w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z dwoma odrębnymi świadczeniami realizowanymi w różnym czasie (następczo). W tym miejscu wyjaśnić należy, że wskazywane przez Odwołującego orzecznictwo na poparcie sformułowanych twierdzeń jest nieadekwatne, bowiem dotyczy możliwości wnioskowania o cenę rażąco niskiej na podstawie cen jednostkowych, ale w sytuacji, w której zamówienie stanowi jedno, spójne świadczenie, a wynagrodzenie co do

13

zasady ma charakter kosztorysowy. Izba podziela stanowisko orzecznictwa, że w takich okolicznościach nie ma możliwości stwierdzenia, w przypadku nieadekwatności ceny jednostkowej do elementów cenotwórczych ją tworzących, że oferta zawiera cenę rażąco niską, ale w okolicznościach niniejszej sprawy z taką sytuacją nie mamy do czynienia.

Ponadto, nie można pomijać, że Odwołujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 grudnia 2014 r. i 12 stycznia 2015 r., wystosowane w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie udzielił odpowiedzi, a jedynie zakwestionował możliwość żądania wyjaśnień w tym przedmiocie. Powyższe jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający nie uzyskał substratu do

oceny oferty w przedmiocie rażąco niskiej ceny mimo dwukrotnego wezwania, co uzasadniało, w oparciu o przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, odrzucenie oferty Odwołującego.

Ponadto, na obecnym etapie postępowania Odwołujący nie może kwestionować faktu wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny (niezależnie od tego, że wezwanie było uzasadnione, z przyczyn, o których była mowa wyżej), bowiem upłynął już termin do kwestionowania przedmiotowej czynności. Izba rozpoznając odwołanie zobowiązana byłaby wziąć pod uwagę skutki niezakwestionowanej w drodze środków ochrony prawnej czynności i dokonać jej oceny, a wnioski nie mogłyby być inne jak te, że Odwołujący nie składając wyjaśnień służących obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny swoją bezczynnością nie dał Zamawiającemu narzędzi do przeprowadzenia weryfikacji w tym przedmiocie, a tym samym zastosowanie się przez Zamawiającego do dyspozycji przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie może budzić wątpliwości.

W tym miejscu wypada zauważyć, że postępowanie odwoławcze nie służy prowadzeniu wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, do czego wydaje się zmierzał Odwołujący, przedstawiając dowody na rozprawie mające na celu wykazaniu, że oferta Odwołującego ceny rażąco niskiej nie zawiera. Gdyby nawet doszło do merytorycznego rozpoznania odwołania, to wniosek dowodowy w tym zakresie nie mógłby być uwzględniony właśnie z tego powodu, że postępowanie przed Izbą nie służy dokonywaniu czynności, które wykonawca winien realizować w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i których ocena dokonywana jest przez Zamawiającego, a efekt tej oceny podlega ewentualnie weryfikacji przez Izbę.

Zwrócenia uwagi wymaga również okoliczność, że skoro Odwołujący pozyskał dowody rzekomo świadczące o niezaferowaniu ceny rażąco niskiej w celu ich przedstawienia na rozprawie, to powyższe świadczy o tym, że nic nie stało na przeszkodzie, aby uzyskać je na wezwanie Zamawiającego. Podobnie, wyjaśnienia złożone na rozprawie Odwołujący winien złożyć na wezwanie Zamawiającego.

Na marginesie należy jedynie uczynić uwagę, że okoliczność podana przez Odwołującego, że koszty realizacji części zamówienia zostały uwzględnione przy realizacji

innego zamówienia, zgodnie z ukształtowaną linią orzecniczą, świadczy o nieprawidłowym skalkulowaniu ceny oferty i popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji.

Sygn. akt: KIO 303/15

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty, dopatrując się naruszenia następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego;
- 3) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie i błędną ocenę złożonych przez Odwołującego uzupełnień i wyjaśnień dokumentów;
- 4) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień treści SIWZ;
- 5) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie i zaniechanie dokonania poprawek innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 7) innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty oraz nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonania poprawek w ofercie Odwołującego, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a także nakazanie uznania, że ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że w toku badania i oceny ofert Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia i wyjaśnień złożonych

dokumentów podmiotowych, wyjaśnienia treści oferty oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty. Odwołujący wskazał, że na wezwanie Zamawiającego przedstawił wszystkie żądane wyjaśnienia, jednakże Zamawiający nierzetelnie i błędnie ocenił te wyjaśnienia. Ponadto, Zamawiający nie dokonał w treści oferty Odwołującego poprawienia omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, mimo iż Odwołujący złożył w tym zakresie obszernie wyjaśnienia. Z treści wyjaśnień złożonych w dniu 23 grudnia 2014 r. wyraźnie wynika, zdaniem Odwołującego, iż omyłki w treści oferty Odwołującego nie były zamierzone oraz że nie są one istotne, a ich poprawienie nie będzie powodowało istotnych

15

zmian w treści oferty.

Odwołujący podał również, że Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, jak podał Odwołujący, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W odniesieniu do protokołu odbioru realizacji zamówienia dla Województwa Podlaskiego Zamawiający stwierdził, że dokument nie zawiera w sobie żadnego elementu oceny jakości wykonanych prac. Uznał ponadto, że dokument przesłany wraz z wyjaśnieniami z dnia 23 grudnia 2014 r. jest spóźniony, ponieważ powinien być złożony wraz z ofertą, a w ramach wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków. Tymczasem w dniu 1 grudnia 2014 r. Odwołujący przedłożył, jak podał, poświadczenie wystawione przez Podlaski Urząd Wojewódzki, z którego wynikało, jakie zamówienia zostały wykonane, przy czym nie zawierało ono żadnych zastrzeżeń, z których wynikałoby, że zamówienie zostało wykonane nieprawidłowo. Jednakże w związku z tym, iż Zamawiający powziął w tym zakresie wątpliwości i wezwał Odwołującego do wyjaśnień treści złożonych dokumentów, w dniu 23 grudnia 2014 r. Odwołujący przedstawił w tym zakresie wyjaśnienia oraz - z ostrożności i dla usunięcia wszelkich wątpliwości Zamawiającego - przedłożył dodatkowo protokół odbioru, w którym Województwo Podlaskie wyraźnie stwierdza, że zamówienie zostało wykonane pozytywnie i „Zamawiający odbiera przedmiot umowy bez uwag”. Jednocześnie Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko odnośnie charakteru poświadczenia zawarte w wyjaśnieniach z dnia 23 grudnia 2014 r. wraz z zawartą tam argumentacją oraz orzecznictwem.

Zdaniem Odwołującego, w świetle przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowisko Zamawiającego, że przedłożony przez Odwołującego w ramach wyjaśnień dokonanych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp protokół z realizacji zamówienia na rzecz Województwa Podlaskiego jest spóźniony i że dokument powinien zostać złożony wraz z ofertą jest co najmniej niezrozumiałe. Celem procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest właśnie możliwość uzupełnienia dokumentów, które nie zostały złożone wraz z ofertą albo zawierają błędy. Odwołujący wraz z wyjaśnieniami przesłał Zamawiającemu poświadczenie wystawione przez Zamawiającego - Województwo Podlaskie. Odwołujący podkreślił, iż wykonawca nie ma wpływu na treść wystawianych przez zamawiającego dokumentów potwierdzających wykonanie zamówienia. W szczególności nie decyduje o tym, jakie informacje się w nich znajdują, ani jak jest zatytułowany. Jednakże nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający jako wyłączny dysponent tych informacji zawarł w nim również negatywną ocenę, jeżeli tak ocenia wykonane zamówienie. Skoro więc informacji takich brak, to zasadnym jest przyjęcie, zdaniem Odwołującego, że nie miał żadnych zastrzeżeń co do wykonania zamówienia. Odwołujący zauważył, że żaden przepis ustawy ani aktów wykonawczych nie określa co mają zawierać tzw. referencje, poza tym, że mają

16

poświadczać należyte wykonanie zamówienia. Jednocześnie żaden przepis powszechnie obowiązujący nie wskazuje, że w dokumencie takim ma się znajdować sformułowanie ocenne. Z treści dokumentu ma wynikać, że zamówienie zostało wykonane należycie, co oznacza, że może to zostać wyrażone albo poprzez zawarcie określenia wyraźnie pozytywnego albo poprzez nie zawarcie wyrażenia o charakterze wyraźnie negatywnym. Przedłożone przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami z dnia 1 grudnia 2014 r. poświadczenie nie powinno budzić wątpliwości Zamawiającego, ponieważ nie zawiera żadnych negatywnych określeń co do realizacji zamówienia przez Odwołującego. Jednakże wobec wątpliwości wyrażonych w piśmie z dnia 19 grudnia 2014 r. Odwołujący przedstawił dodatkowe wyjaśnienia i dokumenty, które usuwają, zdaniem Odwołującego, wszelkie

wątpliwości w zakresie spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

W tej sytuacji działania Zamawiającego polegające na wykluczeniu Odwołującego, w ocenie Odwołującego, należy uznać za bezpodstawne i naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedstawione przez Odwołującego są wyczerpujące i bez wątpliwości potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Nadto, Odwołujący przytoczył dwa z orzeczeń KIO wskazujące, że to wykonawca decyduje o tym, jaki dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia przedstawia zamawiającemu:

„Wybór właściwego i dostępnego dokumentu na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia ustawodawca pozostawił wykonawcy. Zamawiający powinien polegać na oświadczeniu Wykonawcy złożonym w Wykazie, który zawiera informacje pozwalające Zamawiającemu ocenić dane zamówienie oraz dokument potwierdzający jego należyte wykonanie zamówienia. W wypadku innej interpretacji obowiązujących przepisów prawa, każdy wykonawca przystępując do postępowania musiałby każdorazowo uzyskiwać listy referencyjne z coraz to innymi informacjami żądanymi w danym postępowaniu. Zamawiający powinien zdawać sobie sprawę z tego, że każdy wykonawca po zakończeniu realizacji danego zamówienia podpisuje szczegółową, którą następnie, wykorzystuje wielokrotnie w różnych postępowaniach.” (sygn. akt: KIO/UZP 1454/08).

„Ustawodawca nie sprecyzował katalogu dokumentów jakie wraz z wykazem wykonanych dostaw może przedłożyć wykonawca w celu potwierdzenia, że dostawy zostały wykonane należyte. Wobec tego dokumentem takim, prócz referencji mogą być również protokoły odbioru poszczególnych zadań. (...) Zamawiający dokonując badania i oceny dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia zobowiązany jest uwzględnić okoliczność, iż wykonawca nie ma wpływu, ani na formę, ani na treść dokumentu sporządzanego przez zamawiającego (podmiot na rzecz którego dostawy były wykonywane), na okoliczność potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Niemniej jednak dokumenty te mają służyć potwierdzeniu należytego wykonania konkretnych dostaw, które w

17

przeszłości realizował wykonawca na rzecz konkretnego podmiotu. Wobec tego w treści takich dokumentów winny zleść się określenia potwierdzające, że realizowane przez wykonawcę zadania zostały wykonane w sposób należyty.” (sygn. akt: KIO/UZP 2116/10).

Za równie nieuprawnione, zdaniem Odwołującego, należy uznać odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający w dniu 19 grudnia 2014 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności w zakresie długości sesji szkoleniowych. W dniu 23 grudnia 2014 r. Odwołujący przedstawił wyczerpujące wyjaśnienia, w których również oświadczył, iż niezgodności wykazane przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 19 grudnia 2014 r. wynikały z omyłki, a wszystkie szkolenia zostaną zrealizowane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Wskazał również, jakie wartości w odniesieniu do poszczególnych szkoleń powinny znaleźć się w treści oferty. Na podstawie tak sformułowanych wyjaśnień, w opinii Odwołującego, Zamawiający powinien był dokonać poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający jednak pominął te wyjaśnienia i zaniechał dokonania poprawek oraz odrzucił ofertę Odwołującego.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający pominął również pozostałe wyjaśnienia Odwołującego w szczególności w zakresie zasilaczy UPS, co skutkowało również odrzuceniem oferty. Te działania, zdaniem Odwołującego, należy uznać za bezpodstawne i naruszające zarówno zasady udzielania zamówień publicznych, jak i interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Potwierdza to zarówno doktryna, jak i orzecznictwo. Odwołujący powołał się na wydane przez Urząd Zamówień Publicznych opracowanie, dotyczące nowelizacji ustawy, gdzie wskazano: „Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek niemających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. Jak wynika z uzasadnienia do ustawy „Proponowany przepis art. 87 ust 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w

kórych będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami." Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób

18

istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień". (Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. pod red. Jacka Sadowego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Urząd Zamówień Publicznych 2008, str. 118).

Zdaniem Odwołującego, wynika z tego wyraźnie, iż celem ustawodawcy przy konstruowaniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, było wyeliminowanie sytuacji, w których z powodu drobnej omyłki, niewpływającej znacząco na treść oferty, odrzucane są oferty bardzo korzystne cenowo i wybierane znacznie droższe. Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, gdyż oferta uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą jest w sumie (biorąc pod uwagę cenę za Etap I i II) o 453.232,27 zł droższa od oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, iż dokonanie w ofercie Odwołującego poprawek nie powodowałoby zmiany ceny oferty, a co za tym idzie nie stanowiłoby istotnej jej zmiany. Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ jest interpretowana zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie jednolicie: jako zaferowanie innego przedmiotu zamówienia, innego sposobu wykonania tego przedmiotu lub zaproponowanie np. innego niż wymagał Zamawiający okresu gwarancji. W zasadzie każdą rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ należy uznać za omyłkę, chyba że zamawiający ma podstawy do przypisania wykonawcy świadomego celowego złożenia oświadczenia woli sprzecznego merytorycznie z SIWZ, czego w przedmiotowej sprawie - wobec oświadczeń Odwołującego w treści pisma z dnia 19 grudnia 2014 r. - nie da się wykazać. Brak bowiem podstaw, aby nie uznawać za omyłkowe złożenia oświadczenia woli na skutek błędnego wyobrażenia wykonawcy o treści SIWZ, chyba że wykonawca będzie obstawał przy swoim rozumieniu treści SIWZ. W tym przypadku Odwołujący złożył wyraźne oświadczenie, że rozbieżności w zakresie długości trwania szkoleń stanowią omyłkę. W tej sytuacji brak podstaw, zdaniem Odwołującego, do przyjęcia, że zaistniała niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która ma charakter nieusuwalny, a jej usunięcie w sposób istotny zmieni treść oferty. Potwierdzają to m. in.:

1. Autorzy komentarza wydanego przez Urząd Zamówień Publicznych: „Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, jeżeli przykładowo wykonawca oferuje wykonanie innego przedmiotu zamówienia niż opisany w SIWZ, proponuje dłuższy niż określony w SIWZ termin wykonania zamówienia, oświadcza, że jest związany ofertą przez okres krótszy niż określony w SIWZ, dokonuje obliczenia ceny oferty w sposób sprzeczny ze sposobem podanym w SIWZ, bądź, gdy zachodzi sprzeczność jakiegos postanowienia oferty z wzorem umowy (np. we wzorze umowy okres gwarancji określono na 3 lata, a wykonawca proponuje 2 lata)” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych 2006 r. wyd. II, str. 220, teza 6).

2. „W ramach poprawiania może dojść do zmiany ceny oferty czy sposobu wykonania

19

zamówienia. Może być zmieniony termin wykonania czy warunki płatności. Praktycznie tylko przedmiot oferty w zasadniczej swej części nie może ulec żadnym zmianom (zob. wyr. z 3.1.2013 r., KIO 2753/12, Legalis: poprawienie niezgodności oferty z siwz stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty, jeśli inny przedmiot świadczenia był oferowany przed dokonaniem poprawienia, a inny - po poprawieniu). Nie dotyczy to już jednak poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia, a wykazywanych w specyfikacjach technicznych czy przede wszystkim w kosztorysach ofertowych. Zmiany w tych ostatnich dokumentach są zresztą chyba najczęstszymi spośród zmian dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3. Przyczyną tego jest niewątpliwie częsta obszerność kosztorysów, zawierających setki i tysiące pozycji. Zresztą błędy w kosztorysie ofertowym, niewielkie w swej treści, ale bardzo niekorzystne w skutkach dla zamawiającego, dały początek nowelizacji przepisu art. 87 i wprowadzenia do niego ust. 2 pkt 3.” (J. Pieróg:

Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck 2015, wyd. 13, Legalis).

3.wyrok Krajowej Izby Odwoławczej: „Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* stanowi o obowiązku ciążącym na zamawiającym odrzucenia oferty, ale jedynie w takiej sytuacji, gdy treść tej oferty nie odpowiada treści *Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia* i ta niezgodność nie daje się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy” (sygn. akt: KIO 916/14).

4.wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31 stycznia 2007 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-94/07): „*Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy/usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia*”.

5.wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24 stycznia 2005 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-82/05): „*Oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji*”.

6.wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 stycznia 2007 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-83/07): „*Przez treść oferty należy, bowiem, rozumieć treść oświadczenia woli wykonawcy, w którym zobowiązuje się on do wykonania określonego przedmiotu zamówienia za określoną przez siebie cenę*”.

7.wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 lipca 2004 r. (sygn. akt: UZP/ZO/O-1058/04): „*W ocenie Zespołu Arbitrów niezgodność treści oferty należy ocenić w kategoriach oferty zdefiniowanej art. 66 KC § 1, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia*.”

Zdaniem Odwołującego, ostatnie orzeczenie ma szczególnie istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie. Należy bowiem zauważyć, iż mimo drobnych niezgodności w zakresie długości szkoleń oraz elementów wyposażenia technicznego (zasilacze UPS),

20

oferowana cena brutto obejmuje całość zamówienia (pkt 1 i 2 formularza oferty Odwołującego). Jest to oświadczenie, jakiego złożenia w treści oferty wymagał Zamawiający, a nie własne oświadczenie Odwołującego. Odwołujący oferuje wykonanie całości zamówienia za określoną w ofercie cenę. Tym samym, bez względu na wszystko inne Zamawiający jest uprawniony do domagania się realizacji zamówienia w pełnym zakresie opisanym w SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ukształtowała się wyraźna linia orzecznicza, wskazująca co powinien zrobić zamawiający w przypadku procedury określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w szczególności co do warunków jej zastosowania:

1. „*Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści, a po drugie poprawienie niezgodności nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.*” (sygn. akt: KIO 743/14).

2. „*Norma wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z 2013 r. poz. 907 ze zm.) wskazuje, iż niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczone w konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.*” (sygn. akt: KIO 1244/14).

3. „*Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, ze zm.) musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami SIWZ (z uwzględnieniem wyjaśnień ich treści, których zamawiający udzielał w odpowiedzi na pytania wykonawców).*”

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest

21

poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ, które nie mają istotnego charakteru” (sygn. akt: KIO227/14).

4. „Granica dopuszczalności zmiany, dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty ze SIWZ jest, by zmiana ta nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie nowego oświadczenia odmiennego od tego pierwotnego, złożonego przez wykonawcę. Ustawodawca nie wskazał reguł, kiedy dokonane zmiany w ofercie są zmianami istotnymi, o tym każdorazowo decyduje zamawiający biorąc pod uwagę specyfikę i rozmiar danego postępowania.” (sygn. akt: KIO 1515/14).

Odwolujący podniósł również, iż czynność odrzucenia oferty może zostać dokonana dopiero wtedy, gdy Zamawiający ustali - w oparciu o dokonane wyjaśnienia treści oferty - iż niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie da się usunąć w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp: „Procedura poprawienia błędów, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, czy też całym ustępie 2. art. 87, ma miejsce jeszcze przed etapem ewentualnego odrzucenia oferty” (sygn. akt: KIO 930/14)

Bardzo istotną okolicznością jest także to, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o wyrażenie zgody na poprawienie omyłki. Tymczasem jak słusznie wskazuje KIO w jednym z orzeczeń, czynność odrzucenia w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powinna być poprzedzona takim wystąpieniem: „Czynność odrzucenia oferty odwołującego z postępowania, stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), winna być obligatoryjnie poprzedzona zastosowaniem instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i dopiero brak zgody na dokonanie poprawki mógłby skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Jeżeli zatem tylko brak zgody na dokonanie poprawy wzmiankowanej wyżej omyłki mógł skutkować odrzuceniem oferty, to przy braku takiego sprzeciwu winno dojść do wyboru oferty najkorzystniejszej i udzieleniu zamówienia - bez konieczności unieważnienia postępowania.” (sygn. akt: KIO 2907/13).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. 10 ppkt 10.2 lit. A SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy winny przedłożyć wraz z ofertą wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których

22

dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie; wykaz powinien zawierać dostawy i usługi określone w ust. 7.2. A, B, C SIWZ (Załącznik nr 5 do SIWZ).

Dowodami, o których mowa w ppkt. 10.2 A SIWZ są:

A. poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych, poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

B. w przypadku zamówień na dostawy lub usługi – oświadczenie wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt. A.

Odwolujący z ofertą nie przedłożył rzeczowego wykazu wraz z dokumentami, wobec czego został wezwany, pismem z dnia 26 listopada 2014 r., do jego uzupełnienia.

W odpowiedzi (pismo z dnia 1 grudnia 2014 r.) Odwołujący przedłożył żądany wykaz, w którym wykazał realizację usługi na rzecz Województwa Podlaskiego (poz. 4). W celu

potwierdzenia należytego wykonania przedmiotowego zamówienia Odwołujący złożył dokument poświadczenia z dnia 7 października 2014 r., z którego treści wynika, że „zrealizowane zostały niżej wymienione Etapy ww. umowy (...)”. Na marginesie uzupełnić należy, że ów wykaz został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie pozycji 5 i 6.

Pismem z dnia 19 grudnia 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, z wnioskiem o wyjaśnienie wskazując, że „Wykonawca, pomimo uprzedniego wezwania Zamawiającego, wraz z przesłanym wykazem usług w pkt 4 nie przedłożył dowodów potwierdzających, w szczególności, że usługi na rzecz Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego w Białymstoku zostały wykonane należyście.”

Pismem z dnia 23 grudnia 2014 r. Odwołujący wyjaśnił, że „Wykonawca na stronach 11 i 12 uzupełnienia oferty załączył poświadczenie wystawione przez Podlaski Urząd Wojewódzki, potwierdzające należyłą realizację prac wskazanych w punkcie 4 wykazu zrealizowanych dostaw i usług. Odnosząc się do prośby Zamawiającego o wyjaśnienie Wykonawca oświadcza, że prace na rzecz Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego zostały wykonane należyście. Ponadto przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (...) nie wymagają, aby w treści dokumentów poświadczających należyte wykonanie pojawiło się sformułowanie, które będzie brzmiało np. „usługi zostały zrealizowane należyście”. Sam kształt dokumentu, a także brak w nim informacji o wykonywaniu przedmiotu umowy niezgodnie z jej postanowieniami, są przesłanką do stwierdzenia, że prace są wykonywane należyście. Niemniej jednak, aby utwierdzić Zamawiającego w przekonaniu, że prace objęte zamówieniem, w szczególności budowa, wdrożenie i administrowanie edukacyjną platformą cyfrową zostały wykonane należyście przedkładamy Zamawiającemu protokół odbioru

23

potwierdzający pozytywny (bez uwag) odbiór tej części zamówienia.” Z dołączonego protokołu wynika, że rezultat odbioru jest pozytywny – „Zamawiający odbiera przedmiot umowy bez uwag.”

Zamawiający w cz. V „Opisu przedmiotu Zamówienia” zawarł wymagania odnośnie szkoleń. I tak wskazał, że szkolenia stacjonarne będą obejmować sesje I-X, określając tematykę i czas trwania szkoleń.

Odwołujący odmiennie niż to przewidywała SIWZ, w zakresie sesji I, II, III, VI i IX, w ramach Szczegółowego opisu szkoleń (str. 17-24), który to dokument został przedłożony wraz z ofertą i zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, zadeklarował przeprowadzenie szkoleń w czasie krótszym.

Pismem z dnia 19 grudnia 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie czasu prowadzenia szkoleń w ramach wskazanych sesji.

W odpowiedzi (pismo z dnia 23 grudnia 2014 r.) Odwołujący wyjaśnił, że dostrzeżone przez Zamawiającego niezgodności są wynikiem omyłki. Jednocześnie zwrócił uwagę, które to stanowisko zostało zaprezentowane również na rozprawie, że czas poszczególnych szkoleń dostosowany zostanie zgodnie z wymogami do niniejszego zamówienia. W tym miejscu dodać należy, że struktura spornego dokumentu jest taka, że po przytoczonym oświadczeniu w analizowanym dokumencie następuje szczegółowy opis sesji szkoleniowych z oznaczeniem czasu ich trwania.

Zgodnie z pkt 9 ppkt 9.1 lit. D SIWZ Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą wykazu oferowanego sprzętu wraz z jego parametrami technicznymi, nazwą i modelem. Na str. 48 PFU Zamawiający sformułował wymagane, minimalne parametry techniczne zasilaczy dla punktów dystrybucyjnych w liczbie 9 szt., wskazując na następujące parametry: moc pozorna: 1500 VA; moc rzeczywista: 900 Wat; architektura: line-interactive; liczba i rodzaj gniazdek z utrzymaniem zasilania: 8 x IEC320 C13(10A); typ gniazda wejściowego: IEC320 C14 (10A); czas podtrzymania dla obciążenia 100%: min 6 minut; czas podtrzymania dla obciążenia 50%: min 20 minut; zakres napięcia wejściowego w trybie podstawowym: 160-286 V; zmienny zakres napięcia wejściowego: 151-302 V; zimny start-możliwość uruchomienia odbiorników bez zasilania AC; układ automatycznej regulacji (AVR)- TAK; sinus podczas pracy – TAK; port komunikacji: RS232(DB9), USB, SmartSlot; diody sygnalizacyjne: wyświetlacz LCD, praca z baterii, znaczne wyczerpanie baterii; alarmy dźwiękowe: przeciążenie UPSa; wyposażenie: karta zarządzająca, z dwoma portami

Na str. 25-32 oferty znajduje się „Zestawienie parametrów technicznych oferowanych urządzeń”, w którym nie uwzględniono zasilaczy dla punktów dystrybucyjnych, a jedynie dla systemu zarządzania siecią.

Pismem z dnia 19 grudnia 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o wskazanie, w którym miejscu umieścić opis techniczny zasilaczy UPS do punktów dystrybucyjnych.

W odpowiedzi (pismo z dnia 23 grudnia 2014 r.) Odwołujący zwrócił uwagę, że do SIWZ Zamawiający nie załączył żadnego formularza, ani też nie doprecyzował, jaki konkretnie sprzęt ma na myśli. Wykonawca przygotował więc ten wykaz według swojej najlepszej wiedzy. Zaś, realizując podobne przedsięwzięcia i składając oferty w podobnych postępowaniach Odwołujący podał, że sporządzał wykaz kluczowych urządzeń. W niniejszej sprawie Odwołujący wyjaśnił, że sporządził wykaz, który zawiera właśnie te kluczowe urządzenia i podał nazwę, model i parametry techniczne zasilacza UPS, który zostanie dostarczony w toku realizacji przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 5 lutego 2015 r., skierowanym do wszystkich uczestników postępowania, Zamawiający poinformował, „że wykonawca zostaje wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Wykonawca, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych pismem z dnia 19.12.2014 r. został wezwany do złożenia, zgodnie z pkt 10.2.A siwz wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie; (...) Zgodnie z pkt 10.7 dowodami, o których mowa w ust. 10.2A jest poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych, poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca, pomimo uprzedniego wezwania Zamawiającego, wraz z przesłanym w dniu 03.12.2014 r. wykazem usług w odniesieniu do pkt 4 wykazu nie przedłożył dowodów potwierdzających, że usługi na rzecz Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego w Białymstoku zostały wykonane należycie. W swoich wyjaśnieniach z dnia 23 grudnia 2014 r. Wykonawca wyjaśnił, że w jego ocenie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymagają, aby

w treści dokumentów poświadczających należyte wykonanie pojawiło się sformułowanie, które będzie brzmiało np. „usługi zostały zrealizowane należycie”. Według Wykonawcy sam brak w treści dokumentu o wykonywaniu przedmiotu umowy niezgodnie z jej postanowieniami, jest przesłanką do stwierdzenia, że prace są wykonywane należycie. W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Złożony dokument potwierdza jedynie fakt realizacji przez wykonawcę określonego zamówienia. Dokument nie zawiera w sobie żadnego elementu oceny jakości wykonywanych prac. W związku z powyższym dokument ten poświadcza jednoznacznie, że zamówienie, do którego się odnosi zostało zrealizowane w sposób prawidłowy. Dokument przesłany wraz z wyjaśnieniami w postaci protokołu odbioru potwierdzającego pozytywny (bez uwag) odbiór wykazywanej części zamówienia, został złożony jako spóźniony. Wykonawca był zobowiązany wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w dniu składania ofert. Ustawodawca przewidział, zgodnie z art. 26 ust. 3 dodatkowy, jednorazowy tryb uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę, z którego Zamawiający skorzystał. Wykonawca nie złożył na wezwanie Zamawiającego wymaganych dokumentów. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, na

podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą. Ponadto oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, tj. z powodu jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

1. Zgodnie z cz. V „Szkolenia” Opisu przedmiotu zamówienia (str. 61 siwz) Sesja I – wprowadzenie, miał trwać minimum 90 minut. Natomiast Wykonawca w swojej ofercie na str. 17 wskazał, że Sesja I – wprowadzenie trwać będzie 1 godzinę (60 minut).

2. Zgodnie z cz. V „Szkolenia” Opisu przedmiotu zamówienia (str. 62 siwz) Sesja II – edytor tekstu, miał trwać minimum 180 minut. Natomiast Wykonawca w swojej ofercie na str. 17 wskazał, że Sesja II – edytor tekstu trwać będzie 2 godziny (120 minut).

3. Zgodnie z cz. V „Szkolenia” Opisu przedmiotu zamówienia (str. 63 siwz) Sesja III – arkusz kalkulacyjny, miał trwać minimum 180 minut. Natomiast Wykonawca w swojej ofercie na str. 18 wskazał, że Sesja III – arkusz kalkulacyjny trwać będzie 2 godziny (120 minut).

4. Zgodnie z cz. V „Szkolenia” Opisu przedmiotu zamówienia (str. 64 siwz) Sesja VI – Internet, miał trwać minimum 135 minut. Natomiast Wykonawca w swojej ofercie na str. 21 wskazał, że Sesja VI – edytor tekstu trwać będzie 2 godziny (120 minut).

5. Zgodnie z cz. „Szkolenia” Opisu przedmiotu zamówienia (str. 65 siwz) Sesja IX – muzyka i video tekstu, miał trwać 90 minut. Natomiast Wykonawca w swojej ofercie na str. 24 wskazał, że Sesja IX – muzyka i video trwać będzie 1 godzinę (60 minut).

26

Wykonawca zgodnie z pkt 9.1D siwz, do ofert miał dołączyć wykaz oferowanego sprzętu wraz z jego parametrami technicznymi, nazwą i modelem. Wykonawca nie umieścił w swojej ofercie opisu technicznego zasilaczy UPS do punktów dystrybucyjnych.

W związku z powyższym Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania, a tym samym oferta Wykonawcy została odrzucona.

Podstawa prawna:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp – oferta Wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 i tym samym oferta jest złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania aktualizuje się w sytuacji, w której wykonawca nie udźwignął ciężaru dowodu w tym przedmiocie. Zatem fakt, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu nie będzie przeszkodą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak miało to miejsce w poprzednim stanie prawnym, jeśli wykonawca jednocześnie nie wykaże, za pomocą wskazanych przez zamawiającego dowodów, że w istocie określony warunek spełnia. Wiedza Zamawiającego w tym przedmiocie nie może prowadzić do zastępowania oświadczeń wykonawców (za wyjątkiem sytuacji, gdy referencyjne zadanie realizowane jest na rzecz zamawiającego) i w konsekwencji przerwania ciężaru dowodu. Podobnie, beczynność wykonawcy czy też brak staranności zawsze musi prowadzić, w świetle powołanego przepisu, do wykluczenia wykonawcy z postępowania, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie nie należy pomijać, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w sytuacji, w której nie zostały one przedłożone wraz z ofertą albo nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednakże rzeczona instytucja jest szczególnym narzędziem służącym konwalidowaniu błędów wykonawców, stanowiącym jednocześnie wyłom od wskazanej reguły, zatem nie może być interpretowana w sposób rozszerzający i stanowić obowiązku dla zamawiających doprowadzenia do stanu, w którym wnioski czy też oferty będą prawidłowe. Takiej wykładni przeczy również przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania

wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ciężar odpowiedzialności za właściwe przygotowanie wniosku i oferty spoczywa na wykonawcy, a zamawiający nie jest uprawniony, a tym bardziej zobowiązany, do podejmowania czynności w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopóty, dopóki wykonawca nie usunie wszystkich błędów.

Wyjątkowy charakter procedury uzupełniania oferty, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dał asumpt do ukształtowania w orzecznictwie poglądu, że wezwanie może być kierowane do wykonawcy jednokrotnie w danym przedmiocie, a brak adekwatnej reakcji ze strony wykonawcy obciąża tegoż i jednocześnie nie stanowi podstawy do podejmowania dalszych działań przez zamawiającego.

Nie można również tracić z pola widzenia, że przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu wyjaśnienie wszelkich wątpliwości, dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z powyższym sprzężone jest uprawnienie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień. Jednakże biorąc pod uwagę normę wynikającą z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, że obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zauważyć należy, że złożenie wyjaśnień, które wątpliwości nie rozwieją skutkować winno negatywną oceną weryfikowanych okoliczności.

Godzi się również dostrzec, że transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zasada równego traktowania wykonawców, obliuguje zamawiającego do stosowania jednakowych procedur względem wszystkich wykonawców i do realizowania obowiązków wynikających z przepisów prawa. Zamawiający posiada określone instrumenty służące konwalidowaniu błędów czy też niedokładności pojawiających się w ofertach, ale ich wykorzystanie uwarunkowane jest określonymi przesłankami. Zatem, instytucje „uzupełniania dokumentów” i „wyjaśnień” winny jedynie służyć tym celom, dla których zostały ustanowione. Oznacza to, że wyjaśnienia nie mogą w istocie prowadzić do złożenia nowego oświadczenia woli, które skutkuje zastąpieniem tego pierwotnego, podobnie jak obowiązek uzupełnienia nie może być zastępowany udzielonymi wyjaśnieniami.

Nie można również pomijać, że na mocy § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia zobowiązany jest do złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy

lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zaś dowodem, o którym mowa w powołanym przepisie jest w szczególności poświadczenie (§ 1 ust. 2 pkt 1 powołanego rozporządzenia).

Na tle powołanych regulacji nie może budzić wątpliwości, że wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i należytego wykonania referencyjnych zadań nie może ograniczać się do formalnego zadośćuczynienia obowiązkowi przedłożenia dokumentu poświadczenia. Po pierwsze bowiem, nie można tracić z pola widzenia, że rzeczony dokument ma służyć potwierdzeniu określonych okoliczności. Po drugie, potwierdzenie tych okoliczności, z uwagi na ciężar ich wykazania, leżący po stronie wykonawcy, musi być niewątpliwe. Niedopuszczalne jest domniemywanie tych okoliczności z treści dokumentu. Po trzecie, wykładnia językowa analizowanego przepisu prowadzi do wniosku, biorąc pod uwagę znaczenie słowa „poświadczenie”, które definiowane jest jako dokument poświadczający coś, że z dokumentu poświadczenia muszą wynikać określone okoliczności, a mianowicie fakt należytego wykonania czegoś. Po czwarte, jakkolwiek przedmiotowy dokument sporządzany jest przez podmiot, na rzecz którego zostało wykonane referencyjne zadanie, to w interesie wykonawcy jest zadbanie, z przyczyn o których była mowa wyżej, aby poświadczenie w sposób niewątpliwy potwierdzało okoliczności należytego wykonania zamówienia. Nie ma również racjonalnego argumentu, który stałby u podstaw założenia, że

zamawiający może się temu sprzeciwić, jeśli zamówienie w istocie zostało wykonane należycie, tym bardziej mając świadomość tego rodzaju regulacji i który sam w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany ich żądać. Po piąte wreszcie, użycie przez normodawcę terminu „poświadczenie” wskazuje, że nie jest to stypizowany dokument, desygnatem tego pojęcia mogą być różne dokumenty, a o ich przedłożeniu decyduje wykonawca, mając wszakże na względzie obowiązek wykazania określonych okoliczności.

Ponadto, zwrócić należy uwagę, że gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zamawiający, zaś rolą wykonawcy jest realizacja wytycznych zamawiającego (jeśli nie są kwestionowane). Zatem, wykonawca, który w sposób dowolny reaguje na wezwania zamawiającego musi się spotkać z jego negatywną reakcją. Role wykonawcy i zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są odmienne i wkraczanie przez wykonawcę we władztwo zamawiającego nie może być tolerowane.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż na podstawie złożonego poświadczenia Zamawiający mógł wywieść, że zamówienie zostało zrealizowane należycie. Z samego stwierdzenia, że zostały wykonane określone etapy umowy jeszcze nie

29

wynika, że zamówienie zostało wykonane należycie. Treść analizowanego poświadczenia w sposób niewątpliwy potwierdza, jakie czynności zostały zrealizowane, bowiem te są wyspecyfikowane, ale czy zostały one wykonane w sposób odpowiadający wymaganiom Zamawiającego nie tylko co do zakresu (przedmiotu), ale i czasu realizacji, tej wiedzy już powziąć nie można.

Izba nie aprobuje twierdzeń Odwołującego, że niezawarcie negatywnych określeń stanowi o potwierdzeniu pozytywnego efektu wykonanych prac. Po pierwsze bowiem nie są to referencje a poświadczenie, a tylko z faktu wydania referencji można wyprowadzić wnioski, że są one wydawane w przypadku uzyskania aprobowanego rezultatu. Po drugie, poświadczenie służy wykazaniu tych okoliczności, których fakt zaistnienia jest potwierdzony. Odwołujący dąży do oceny spornego dokumentu przez pryzmat celu, w którym jest składany, przyjmując, że skoro zostało wydane poświadczenie, to potwierdza ono należyte wykonanie zamówienia. Niemniej jednak nie było przeszkód, aby taką informację zamawiający zawarł, a jednak tego nie czynił mimo, że posiada wiedzę o przeznaczeniu tego dokumentu. W tych okolicznościach, zdaniem Izby, Zamawiający nie mógł przyjąć, że Odwołujący wykazał za pomocą spornego dokumentu spełnianie warunków udziału w postępowaniu, bowiem kwestionowaną okoliczność musiałaby domniemywać, a to nie znajduje uzasadnienia w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Przechodząc zaś do oceny złożonych w tym przedmiocie wyjaśnień, w pierwszej kolejności podkreślić należy, że instytucja przewidziana w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie może prowadzić do uzupełniania dokumentów, o którym mowa w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Protokół odbioru nie może więc podlegać ocenie z tej właśnie przyczyny, ale również z tego powodu, że instytucja wezwania do uzupełnienia dokumentów, co zostało przesądzone w orzecznictwie, ma charakter jednokrotny. Nie można również pominąć, że protokół odbioru nie został wystawiony w terminie wskazanym w § 1 ust. 2 powoływanego rozporządzenia.

Nie powinno również budzić wątpliwości, że oświadczenie Odwołującego mogłoby być wzięte pod uwagę, gdyby zostało przedstawione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i uzyskania poświadczenia, z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, wykonawca nie byłby w stanie uzyskać. Jednakże z powyższą sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Przechodząc do drugiego aspektu sporu, a mianowicie, możliwości poprawienia omyłek, w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stwierdzić należy, że stosownie do treści powołanego przepisu zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na

30

niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją, oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Zamiar ten ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy *Prawo zamówień publicznych* w sposób następujący: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez

31

zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89. ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty z SIWZ – uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to jest dotyczących niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty z SIWZ jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.

Jednocześnie poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na postawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Podkreśla się również, iż Izba podziela ten pogląd, że akceptacja przez wykonawcę postanowień SIWZ nie określa zakresu świadczenia, ten bowiem zostaje określony w ofercie.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Odwołujący uzyskał wszystkie informacje niezbędne do prawidłowego sporządzenia planu szkoleń. Pomimo, że znał wymogi Zamawiającego odnośnie wymaganego, minimalnego czasu prowadzenia poszczególnych sesji szkoleniowych, określił go w ofercie odmiennie, niż wynikało to z SIWZ. Co więcej, niezależnie od deklaracji, zawartej w *Szczegółowym opisie szkoleń*, że czas szkoleń zostanie dostosowany, zgodnie z wymogami, do niniejszego zamówienia, Odwołujący następnie opisał poszczególne sesje szkoleniowe i określił czas ich trwania w sposób niezgodny z SIWZ. Nadto, czyni to w odniesieniu do kilku sesji, zaś w

32

przypadku pozostałych, określa ten czas w sposób odpowiadający wymaganiom Zamawiającego. Powyższe okoliczności, zdaniem Izby, nie wskazują, że mamy do czynienia z omyłką a raczej z rozmyślnym działaniem Odwołującego. To z kolei stoi na przeszkodzie dokonywaniu poprawienia oferty w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, gdyby nawet rozważać możliwość poprawienia spornego zakresu oferty, to nie można pomijać, że poprawnie doprowadziłoby do określenia zakresu zobowiązania Odwołującego w tym przedmiocie w sposób zgoła odmienny od tego, który został wyartykułowany w treści oferty. Tymczasem z treści oferty nie wynika wola zaferowania świadczenia, którego określenia w wyniku poprawienia domaga się Odwołujący. Odwołujący wskazał, jaki czas chce poświęcić na prowadzenie szkoleń, jednakże uczynił to w sposób wadliwy, nie biorąc pod uwagę wytycznych i informacji Zamawiającego. Jednakże powzięcie wiedzy o nieadekwatności świadczenia względem potrzeb Zamawiającego, na skutek informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, nie może być podstawą do korygowania oferty, jeśli sposób sporządzenia *Szczegółowego opisu szkoleń* na omyłkę nie wskazuje, a nadto instytucja poprawienia omyłki nie służy wytworzeniu treści oświadczenia woli wykonawcy w sposób odpowiadający SIWZ. Zaakceptowanie takiego rozumowania prowadziłoby bowiem do przyjęcia, że każda oferta może być poprawiona po jej otwarciu tak, aby zadośćuczynić wymaganiom Zamawiającego.

Stąd też za nieuprawniony należy uznać pogląd, że akceptacja postanowień SIWZ w treści oferty winna prowadzić, w przypadku wystąpienia sprzeczności pomiędzy podanymi dokumentami, do poprawienia oferty zgodnie z treścią SIWZ. To oznaczałoby bowiem, że nieistotna jest pierwotna treść oświadczenia woli wykonawcy, a rozstrzygające znaczenie należy przypisać treści SIWZ. Jednakże taka interpretacja spornego przepisu jest nie do zaakceptowania, podważałaby bowiem istotę oferty i nie dawałby się pogodzić z przepisem art. 84 ust. 1 ustawy Pzp. Z powyższych przyczyn Izba nie dostrzega podstaw do poprawienia omyłki w kwestionowanym zakresie.

Odnosnie zasilaczy UPS do punktów dystrybucyjnych poza sporem jest, że wykaz przedłożony wraz z ofertą nie uwzględnił rzeczonych zasilaczy. Należy zwrócić uwagę, że przedmiotowy wykaz został przez Odwołującego zatytułowany „*Zestawienie parametrów technicznych oferowanych urządzeń*”, co przeczy stanowisku Odwołującego, że zawierał on, zgodnie z intencją Odwołującego, jedynie kluczowe urządzenia. Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że z faktu barku wzoru spornego załącznika, niewiadomym było, w jaki sposób go sporządzić. W pkt 9 ppkt 9.1 lit. D SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, że wykaz winien zawierać oferowany sprzęt, z podaniem nazwy, modelu i parametrów technicznych.

33

Na tym tle, zdaniem Izby, nie można domniemywać, że zaferowano 9 zasilaczy UPS do punktów dystrybucyjnych i zostały skalkulowane w cenie oferty. Sam Odwołujący w

złożonych wyjaśnieniach tego nie potwierdza, wskazując jedynie, że dostarczy sporne urzędzenia i, że ich wartość to około kilkanaście tysięcy złotych.

W ocenie Izby, opisana sytuacja nie podpada pod normę przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Aktualność w tym względzie zachowują rozważania Izby odnośnie braku możliwości poprawienia omyłki w zakresie czasu prowadzenia szkoleń. W tym miejscu wystarczy dodać, że Zamawiający nie miał w ogóle substratu do oceny oferty Odwołującego pod kątem zgodności zaoferowanych urzędzeń z wymogami wyartykułowanymi w SIWZ. Ocena ta musiałaby nastąpić w wyniku przyjęcia przez Zamawiającego oświadczenia o treści zobowiązania Odwołującego w tym zakresie po otwarciu ofert. Odwołujący domaga się nawet nie skonkretyzowania swojego oświadczenia w tym przedmiocie, ale złożenia nowego oświadczenia, które nie znajduje oparcia w treści oferty, a zdaniem Izby, instytucja wyrażona w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie służy do kreowania treści oferty w zakresie zobowiązania, którego w treści oferty zabrakło. Z tych względów żądanie Odwołującego konwalidowania braku zaoferowania spornych zasilaczy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie jest uprawnione.

W konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać za słuszne, a zarzuty podniesione w tym zakresie za bezpodstawne. W tych okolicznościach nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jeśli idzie zaś o zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp to jest bezprzedmiotowy, gdyż wskazany przepis nie stanowił podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania. Odwołujący się zdaje się nie rozróżniać instytucji uznania oferty za odrzuconą *ex lege* (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp) od sytuacji, w której aktualizuje się po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, w okolicznościach wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego

34

wpis od każdego z odwołań w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 7.200,00 zł.

Przewodniczący:

35