

WYROK

z dnia 2 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2012 r.

przez: **„COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group”, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez: **„Koleje Mazowieckie – KM” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-802 Warszawa, ul. Lubelska 1**

przy udziale wykonawcy **Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie Spółkę Akcyjną, 00-133 Warszawa, al. Jana Pawła II 24** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty „COMPENSA Towarzystwa Ubezpieczeń na Życie Spółki Akcyjnej Vienna Insurance Group” oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez tego wykonawcę.**
2. Kosztami postępowania obciąża **„Koleje Mazowieckie – KM” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **„COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie Spółkę Akcyjną Vienna Insurance Group” z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

1

Sygn. akt KIO 339/12

- 2.2 zasądza od **„Kolei Mazowieckich – KM” spółki z ograniczoną z siedzibą w na „COMPENSA odpowiedzialnością Warszawa** rzecz **Towarzystwa Ubezpieczeń na Życie Spółki Akcyjnej Vienna Insurance Group” z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 339/12

Uzasadnienie

Zamawiający – **„Koleje Mazowieckie – KM” spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie** – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwane

dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Usługi ubezpieczeń na życie* (Nr sprawy MVZ5 45-118/11).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 17 grudnia 2011 r. pod nr 2011/S_243-394496, z tym że 19 grudnia 2012 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.koleje.mazowieckie.com.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 4.180.287,10 zł, co stanowi równowartość 1.088.900,00 euro.

7 lutego 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – „COMPENSA Towarzystwu Ubezpieczeń na Życie Spółce Akcyjnej Vienna Insurance Group” z siedzibą w Warszawie (dalej zwanej również w skrócie „COMPENSA”) – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej zwanej również w skrócie „PZU”) oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp.

17 lutego 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 6 – poprzez niesłuszne odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie nieuzasadnionego uznania, iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny.
2. Art. 87 ust. 2 pkt 3, ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt – poprzez zaniechanie dokonania poprawy omyłki w ofercie Odwołującego.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PZU, która jest niezgodna z s.i.w.z.
4. Art. 26 ust. 3 – poprzez wezwanie PZU do uzupełnienia dokumentów, które w jego świetle nie powinny być uzupełnione.
5. Art. 26 ust. 4, ewentualnie 87 ust. 1 – poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień,

3

Sygn. akt KIO 339/12

ewentualnie żądanie wyjaśnień dotyczących treści oferty PZU, stanowiące *de facto* niezgodne z prawem uzupełnienie treści oferty.

6. Art. 8 ust. 3 – poprzez nieodtajnienie zasadniczej części oferty PZU niezgodnie z prawem zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa w momencie oceny ofert oraz odtajnienie oferty dopiero po wezwaniu Odwołującego w terminie uniemożliwiającym skuteczną obronę.
7. Art. 7 ust. 1 i 3 – poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisów pzp.
8. oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania [co zostało na rozprawie sprecyzowane jako naruszenie przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817)]

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
4. Dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, tzn. oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania:

[Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp]

Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty zarzucił Odwołującemu, iż jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, co umotywował w następujący

sposób: W Formularzu cenowym w kolumnie nr 3 [stwierdzono - przyp. aut.] błąd w obliczeniu składki przy wariantach I i III oraz w kolumnie nr 5 iloczyn składki i wagi. Zgodnie z zapisem Rozdziału XIV SIWZ Wykonawca w tabeli w kolumnie nr 3 zobowiązany był podać wysokość składki zaokrągloną do pełnych złotych (obligatoryjnie) oraz w kolumnie nr 5 iloczyn składki i wagi przyjętej dla każdego wariantu. Suma iloczynów składek i wag winna stanowić cenę oferty i być zaokrąglona do pełnych złotych.

Tymczasem ugruntowany tak w piśmiennictwie, jak i judykaturze jest pogląd, że opisanego uchybienia nie można kwalifikować, jak to uczynił Zamawiający, jako błędu w obliczeniu ceny. W świetle aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”) błąd w obliczeniu ceny powinien odnosić się do omyłek rachunkowych lub rzeczowych, związanych ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia (podstawy wyliczenia, objęcia nim wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń etc). Błąd w obliczeniu ceny

4

Sygn. akt KIO 339/12

występuje więc w przypadku, gdy wykonawca zastosuje nieprawidłową strukturę obliczenia ceny i dane z tej struktury będą miały znaczenie w rozliczeniach z zamawiającym [G. Mazurek Błąd w obliczeniu ceny zawartej w ofercie, Przetargi Publiczne nr 1 (62), styczeń 2011], np. obliczenie średniej arytmetycznej jakichś wielkości zamiast średniej ważonej, przyjęcie do obliczenia ceny innej wielkości niż żądał zamawiający (np. stawki WIBOR 1M zamiast stawki WIBOR 3M przy obliczeniu stopy oprocentowania kredytu), przyjęcie wielkości z innego dnia, niż wymagał zamawiający (np. ceny hurtowej paliwa z dnia złożenia oferty zamiast z dnia publikacji ogłoszenia), powiększenie wielkości o pewien wskaźnik zamiast pomniejszenia, czy inne odstępstwa od algorytmu obliczania ceny określonego w SIWZ. [wyrok KIO z 11 marca 2011 r., sygn. akt KIO 399/11]. Innymi słowy, błędem w obliczeniu ceny będzie każdy inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. [wyrok KIO z 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 257/08 KIO/UZP 258/11] Tym samym, przez błąd w obliczeniu ceny należy rozumieć błąd w oświadczeniu woli, a zatem taki sposób obliczenia ceny, który został dokonany merytorycznie niezgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w s.i.w.z. lub też niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

W świetle powyższego oczywistym musi być, iż niezaokrąglenie przez Odwołującego wysokości składki do pełnych złotych z pewnością nie stanowi błędu w obliczeniu ceny. Składka zaoferowana przez Odwołującego została bowiem wyliczona na podstawie danych zawartych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ” lub „szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”), a Odwołujący dokonując ustalenia jej wysokości wziął po uwagę, w szczególności, minimalny obligatoryjny zakres świadczeń oraz wysokość świadczenia dla poszczególnych wariantów ubezpieczenia. Odwołujący przyjął zatem właściwe podstawy do dokonania prawidłowego wyliczenia składki, zaniechał natomiast dokonania czynności *stricto* formalnej o charakterze rachunkowym, która powinna mieć miejsce na etapie końcowym, czyli po ustaleniu jej wysokości. W związku z powyższym nieuprawnione i zbyt restrykcyjne jest formułowanie wobec oferty Odwołującego zarzutu błędu w obliczeniu ceny, czego skutkiem było odrzucenie oferty.

[Ad. zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp]

Zamawiający był bezwzględnie zobowiązany poprawić powyższe uchybienie w ramach przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Inna omyłka to omyłka polegająca na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodująca istotnych zmian w treści tej oferty. Poprawienie tych omyłek następuje poprzez ingerencję w oświadczenie woli wykonawcy, jakim jest złożona przez niego oferta. Mogą one dotyczyć każdego merytorycznego elementu oferty, np. zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji itp., a nie tylko ceny, chociaż celem

5

Sygn. akt KIO 339/12

wprowadzenia tego przepisu było umożliwienie poprawiania błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysów ofertowych. Celem wprowadzenia tej regulacji było zapobieganie odrzuceniu ofert z powodu błahych pomyłek: *Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy*

Prawo zamówień publicznych został wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu omyłki. [wyrok KIO z 12 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1610/10] Bez wątplenia niezaokrąglenie przez Odwołującego wysokości składki można uznać za niedopatrzenie czy błąd niezamierzony. Nie ma jasnych, ustawowych reguł opisujących przesłanki, które musi spełnić dane uchybienie, aby mogło być uznane za inną omyłkę i na tej podstawie skorygowane przez zamawiającego. Jedyńm warunkiem, który ustawodawca sformułował wprost, jest zakaz wprowadzania, w wyniku poprawiania przez Zamawiającego innej omyłki, istotnych zmian w treści oferty: Ustawodawca dopuszczając możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, określił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższe regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (istotne zmiany) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty. [wyrok KIO z 9 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 93/11] Przy badaniu „istotności” należy więc wziąć pod uwagę całokształt indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia.(...).[wyrok KIO z 11 marca 2011 r., sygn. akt KIO 93/10]

Tym samym należy przeprowadzić analizę „istotności” uchybienia dokonanego przez Odwołującego w przedmiotowej sprawie. W pierwszej kolejności należy sprawdzić, czy po usunięciu omyłki przez Zamawiającego, cena zaproponowana w ofercie nie zmieniłaby się znacząco. W wyroku z 26 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1277/08) KIO stwierdziła, że o tym, czy omyłka ma charakter istotny, decydują konsekwencje, jakie będzie miało poprawienie danej oferty, tzn. ile wyniesie wartość zmiany, a także ile pozycji będzie miało być poprawionych. Należy więc przyrzeć się różnicy powstałej na skutek porównania

6

Sygn. akt KIO 339/12

wartości wysokości składki zamieszczonej w ofercie Odwołującego oraz wartości wysokości składki, którą można było uzyskać w wyniku zaokrąglenia dokonanego zgodnie z dyspozycją Zamawiającego. Po dokonaniu koniecznych obliczeń otrzymujemy składkę w wysokości 65 zł, czyli wyższą jedynie o 0,55 zł od wskazanej w ofercie, natomiast łączna maksymalna wartość ubezpieczenia wzrasta natomiast jedynie o 13,20 zł, co przy całościowej kwocie wynoszącej 1560 zł (po zaokrągleniu) stanowi kwotę nieznaczną. Poprawienie więc przez Zamawiającego tego rodzaju omyłki nie stanowiłoby istotnej ingerencji w treść oferty. Ponadto, co ważne, taka zmiana nie wywołałaby żadnych dalszych konsekwencji, ponieważ dokonanie zaokrąglenia przez Zamawiającego, skutkujące podwyższeniem ceny oferty o 13,20 zł, nie wpłynęłoby na zmianę jej miejsca w rankingu ofert, tzn. nadal oferta Odwołującego byłaby najtańsza.

Nie można też mieć wątpliwości, iż intencją Odwołującego było złożenie oferty wypełniającej wymagania Zamawiającego. Odwołujący spełnił bowiem wszystkie warunki merytoryczne Zamawiającego, co, jak wynika z Zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, nie zostało zanegowane przez Zamawiającego. Zgodnie natomiast ze stanowiskiem KIO: *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 istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień. [wyrok KIO z 6 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1255/10]* Okoliczności przedmiotowej sprawy jednoznacznie wskazują na zamiar złożenia przez Odwołującego oferty zgodnej z wolą Zamawiającego.

Inną kwestią jest, czy Zamawiający mógł dokonać samodzielnego skorygowania popełnionego przez Odwołującego uchybienia, bowiem: *Omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Nie jest wykluczona możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenie przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian.* [wyrok KIO z 6 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2540/10] Zamawiający sam trafnie ocenił i przyznał, co wynika z treści Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, iż dostrzeżone na etapie badania ofert uchybienie Odwołującego powstało na skutek braku zaokrąglenia wysokości składki do pełnych złotych. Nie wnikając w przyczyny, dla których Zamawiający zaniechał zaokrąglenia, wskazać należy, iż jest to czynność, którą przy posiadaniu minimalnej wiedzy matematycznej, mógł on wykonać bez większych trudności samodzielnie, bez odwoływania się do innych dokumentów, a nawet wyjaśnień Odwołującego (metody i zasady dokonywania zaokrągleń do pełnych wartości stanowią przedmiot nauczania na lekcjach matematyki w szkole podstawowej.

7

Sygn. akt KIO 339/12

Również orzecznictwo KIO stoi na stanowisku, iż zaniechanie przez wykonawcę zaokrąglenia należy kwalifikować jako omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp: *Izba nie podzieliła jednak stanowiska zamawiającego, że omyłkowe podanie w ofercie odwołującego, cen jednostkowych brutto bez zaokrąglenia do pełnych groszy, nie podlega konwalidacji, a ofertę, jako niezgodną z ustawą o cenach oraz ustawą o denominacji złotego, należy uznać za nieważną i odrzucić bez dokonania analizy, czy możliwa jest jej poprawa. Izba wskazuje, iż ustawą nowelizującą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 171 poz. 1058), ustawodawca dopuścił w szerszym zakresie poprawianie omyłek w ofertach wykonawców. W szczególności w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, w sposób imperatywny, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki, niż tylko pisarskie i rachunkowe, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. (...) Ustawodawca nie sprecyzował bliżej, jakie kategorie omyłek w ofertach mogą być uwzględniane i prostowane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Bez wątpliwości odwołujący popełnił omyłkę, uznając iż cena jednostkowa brutto może być podana z dokładnością do dziesięciotysięcznych złotego. Zamawiający zarzucał, iż było to niewłaściwe oraz zamierzone. Wywodził jednocześnie, iż tego rodzaju błąd, jako niezgodność z odrębnymi przepisami, czyni ofertę nieważną bez możliwości jej poprawy. (...) Odwołujący popełnił natomiast błąd (omyłkę) nie dokonując koniecznego zaokrąglenia podanych cen jednostkowych brutto do setnych części złotego oraz podając taką cenę (bez zaokrąglenia) w formularzu oferty. Zdaniem Izby, omyłka taka może zostać sprostowana w oparciu o dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jedyne warunki, jaki zawiera wymieniony przepis, to ten, aby poprawa nie powodowała istotnych zmian w treści oferty. (...) Dokonanie poprawy przez zaokrąglenie podanych stawek jednostkowych brutto do setnych części złotego, a następnie dokonanie poprawy wyliczeń rachunkowych, nie będzie skutkowało istotnymi zmianami w treści oferty, gdyż mogą to być zmiany prowadzące do zwiększenia ceny całkowitej oferty odwołującego rzędu 274,08 zł. (według wyliczenia złożonego przez odwołującego do akt sprawy), w stosunku do podanej ceny oferty w kwocie 22 540,83 zł. brutto miesięcznie. Korekta nie spowoduje zatem, że oferta odwołującego będzie droższa od oferty wybranej - złożonej przez Elżbietę Świerczyńską i Krystyną Włodarczyk Zakład Usług Porządkowych „ELKA” s. c. z ceną 27 744,05 zł. Brutto miesięcznie, po dokonaniu przez zamawiającego poprawy omyłek rachunkowych wymienionej oferty, zawierającej pierwotnie cenę 27 741,65 zł. [wyrok KIO z 5 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1358/09]*

Reasumując, powyższa argumentacja skłania do przyjęcia, iż uchybienie Odwołującego w postaci zaniechania zaokrąglenia w górę do pełnych złotych, jest omyłką, do której poprawienia obliguje Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W związku z tym, istniała uzasadniona przesłanka zobowiązująca Zamawiającego na gruncie przedmiotowej

8

sprawy do wykonania operacji zaokrąglenia wysokości składki wskazanej w Formularzu cenowym Odwołującego.

Wprowadzając art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, intencją ustawodawcy było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie Pzp. Cel ten stara się realizować KIO, która w swoich orzeczeniach podkreśla, iż: *celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie)*. [wyrok KIO z 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11] Czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i Zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania nawet w sytuacji, gdyby zmiana miała dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez Zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty. Zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia omyłki, w świetle powyższego, uznać należy za działanie w sposób oczywisty sprzeczne z prawem oraz jego własnym interesem (niesłusznie odrzucił ofertę najtańszą), które dodatkowo nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Można jedynie wywodzić, iż Zamawiający w celu obejścia ustawowego obowiązku poprawienia oferty Odwołującego, posłużył się w uzasadnieniu odrzucenia oferty instytucją błędu w obliczeniu ceny.

W świetle orzecznictwa KIO przedmiotową omyłkę można również kwalifikować jako oczywistą omyłkę rachunkową. Oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie, odjęcie, przemnożenie poszczególnych pozycji. Na mocy wyroku KIO z 12 lutego 2009 r., (sygn. akt KIO/UZP 133/09), uznano, iż brak prawidłowego zaokrąglenia kwoty wartości podatku od towarów i usług stanowi oczywistą omyłkę rachunkową. W wyroku tym stwierdzono, że omyłka rachunkowa może polegać na uzyskaniu błędnego wyniku wskutek przeprowadzenia działania matematycznego, w tym wypadku zaokrąglenia wartości podatku do pełnej dziesiątki („w górę”): *Brak prawidłowego zaokrąglenia kwoty wartości podatku od towarów i usług w trzech pozycjach oferty X stanowi oczywistą omyłkę rachunkową. Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie podkreśla się, że omyłka rachunkowa polega na uzyskaniu błędnego wyniku wskutek przeprowadzenia działania matematycznego. Omyłki takiej dopuścił się X, gdyż zgodnie z wynikającymi z przepisów i powszechnie przyjętymi zasadami, wokolicznościach sprawy, zaokrąglenie wartości podatku winno nastąpić do pełnej dziesiątki („w górę”). Popełniona omyłka ma charakter oczywisty, gdyż została stwierdzona samodzielnie przez Zamawiającego, jest bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania lub uzyskiwania*

9

Sygn. akt KIO 339/12

wyjaśnień wykonawcy. Czynność Zamawiającego mieści się w dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp i została dokonana poprawnie.(...) Brak prawidłowego zaokrąglenia kwoty wartości podatku od towarów i usług w trzech pozycjach oferty X nie stanowi, wokolicznościach sprawy, błędu w obliczeniu ceny oferty, który następuje, co do zasady, przez niewłaściwe podanie jednostek miary, niewłaściwej stawki podatku od towaru i usług. Nawet przyjęcie, że błędne zaokrąglenie kwoty wartości podatku od towarów i usług w trzech pozycjach oferty X winno być kwalifikowane jako błąd w obliczeniu ceny (poglądu tego Izba nie podziela), nie przyniosłoby skutku w postaci konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Błędy w zaokrągleniu skutkowały zaniżeniem ceny oferty z X o 2 grosze. Z uwagi na różnicę między cenami oferty X i oferty Odwołującego się doliczenie kwoty 2 groszy nie zmienia faktu, iż X złożył ofertę z najniższą ceną. Odrzucenie oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny oferty na kwotę 2 gr byłoby czynnością dokonaną z naruszeniem art. 5 k.c. (analogiczne stanowisko vide: wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 8.11.2005r. sygn. akt II Ca 752/05).

W przedmiotowej sprawie omyłka Odwołującego miała charakter oczywisty, ponieważ Zamawiający, co wynika z Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, stwierdził ją samodzielnie oraz był w stanie dokonać jej poprawy we własnym zakresie.

[Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp]

1. Z postanowienia określonego w rozdziale VII ust. 1 pkt d) wynika, iż: *Na ofertę*

składają się następujące dokumenty i załączniki: (...) d) podpisany szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. PZU nie załączyło do swojej oferty podpisanego szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, co uznać należy, w świetle powyżej przywołanego postanowienia, za niezgodność z s.i.w.z. Natomiast w ust. 10 Formularza oferty wymienione są załączniki, które stanowią jej integralną część. Wśród nich, w pkt c) został wymieniony Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Załączenie OPZ w przedmiotowej sprawie było niezwykle istotną czynnością. Intencją Zamawiającego przy formułowaniu tego wymogu było uzyskanie gwarancji, iż wykonawcy zapoznali się z treścią OPZ, co pozwoli uniknąć powstania rozbieżności na gruncie przyszłej umowy, szczególnie, że zgodnie z § 8 ust. 10 umowy, OPZ jest jej załącznikiem.

2. W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, w tabeli Zamawiający wskazał poważne zachorowanie pod nazwą „Intensywny zator tętnicy płucnej” natomiast PZU do swojej oferty załączyło standardowe zapisy OWU, w których taka definicja nie występuje. Na gruncie OWU PZU występuje jedynie „Masywny zator tętnicy płucnej leczony operacyjnie”. Zamawiający w OPZ (tabela) wymienił szereg chorób, które należy zakwalifikować jako ciężkie. Wśród nich wymienił, m.in. intensywny zator tętnicy płucnej leczony operacyjnie. Pod katalogiem ciężkich chorób, wymienionych jedynie z nazwy, Zamawiający zawarł

10

Sygn. akt KIO 339/12

sformułowanie, zgodnie z którym, co do wskazanych chorób *obowiązują definicje zawarte w SIWZ, gdy zaś nie są wymienione w SIWZ obowiązują definicje zawarte w OWU*.

Na stronie 119 oferty PZU zawarte są Ogólne warunki dodatkowego grupowego ubezpieczenia na wypadek ciężkiej choroby. Jednak nie można wśród zapisów tego dokumentu odnaleźć sformułowania „intensywny zator tętnicy płucnej leczony operacyjnie”. Brak wskazania przez PZU definiendum wymaganego przez Zamawiającego należy kwalifikować jako niezgodność oferty PZU z s.i.w.z. Podkreślić należy, iż w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł następującą klauzulę: *Wszystkie zapisy zawarte poniżej są obligatoryjne*. Zamawiający nie bez przyczyny wskazał nazwy poszczególnych ciężkich chorób. Chciał bowiem w ten sposób zagwarantować sobie jednolitość terminologii na gruncie przyszłej umowy (OWU stanowić będzie integralną część umowy). Takie działanie pozwala bowiem uniknąć ryzyka związanego z sytuacją, w której ubezpieczyciel nie wypłaca odszkodowania z powodu braku istnienia danej jednostki w OWU. Nie można przecież całkowicie wykluczyć, iż tego typu rozbieżność posłuży w przyszłości ubezpieczycielowi jako podstawa do uniknięcia wypłaty świadczenia, co będzie uzasadniał tym, iż nie są to choroby, których pojęcia są tożsame i z tego powodu można je różnie interpretować. Należy pamiętać, że ubezpieczenia na życie to wysoce skomplikowana dziedzina, w której bardzo wiele zależy od prawidłowego oznaczenia i zdefiniowania danej jednostki chorobowej. Zamawiający na gruncie przedmiotowej sprawy naraził więc swoich pracowników (ubezpieczonych) na ryzyko wynikające z możliwości różnego definiowania obu pojęć. Na gruncie bowiem jednej umowy będą funkcjonowały dwa różne pojęcia, jedno wynikające z OPZ, zaś drugie z OWU. Z pewnością z punktu widzenia interesu pracowników nie jest to sytuacja pożądana.

O konieczności wykluczenia jakiegokolwiek możliwości interpretacji na gruncie umowy ubezpieczeniowej świadczyć może chociażby następujące stanowisko KIO: *Ponadto odwołujący nie spełnił wymagań zamawiającego w przypadku operacji przeszczepu serca. Odwołujący w pkt 41 (...) zadeklarował swoją odpowiedzialność w przypadku cyt. «Przeszczep płuc i serca», gdy zamawiający wymagał tylko odszkodowania w przypadku przeszczepu serca. Nie można stwierdzić, że odwołujący zastosował spójnik "i" w wyrażeniu «Przeszczep płuc i serca» (...) jako funktor alternatywy nierozłącznej (zwykłej) (...). Dlatego w przedmiotowych tabelach oferty należy spójnik "i" odczytywać jako funktor koniunkcji. Wobec tego wykonawca pominął w wykazie operację przeszczepu serca, a był zobowiązany do uwzględnienia tej operacji, zgodnie z postanowieniami specyfikacji.* [wyrok KIO z 29 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 771/11]

Należy również podnieść, iż rozwiązaniem w tej sytuacji nie jest złożenie przez PZU na Załączniku nr VI ust. II oświadczenia, zgodnie z którym: *Pozostałe postanowienia o.w.u CC pozostają bez zmian, z zastrzeżeniem, że w przypadku braku zgodności pomiędzy*

11

treścią o.w.u. CC a postanowieniami SIWZ, obowiązują nadrzędne nad o.w.u. CC postanowienia SIWZ (...). Konsekwencją powyższego oświadczenia jest bowiem powstanie sytuacji, w której nazwa choroby będzie zamieszczona w OPZ, zaś definicja w OWU. Nadal nie wyklucza to zagrożenia, o którym była mowa powyżej (tzn. rozbieżności w interpretacji). Ponadto zgodnie z orzecznictwem KIO: *W ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający wymagał skonkretyzowania w ofercie zakresu oferowanego świadczenia ubezpieczeniowego, zatem sprzeczność treści oświadczenia woli ukształtowanego i złożonego przez Przystępującego z treścią wymagań s.i.w.z. zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, nie mogą być, co do zasady, sanowane wyłącznie przez złożone jednocześnie ogólne oświadczenie wykonawcy, iż w razie wystąpienia takich sprzeczności, pierwszeństwo mają wymagania Zamawiającego. Zdaniem składu orzekającego Izby przyjęcie odmiennego założenia prowadziłoby w konsekwencji do uznania, iż złożona oferta, wyłącznie na mocy tej swoistej generalnej klauzuli derogującej wszelkie sprzeczne z wymaganiami s.i.w.z. merytorycznie sprecyzowane postanowienia oferty, nigdy nie mogłaby być uznana za nieodpowiadającą treści s.i.w.z. Zamawiający zostałby wten sposób zupełnie zwolniony od badania oferty pod względem zgodności jej merytorycznej treści z odpowiednimi postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia, nie musiałby nawet ustalać czy w ofercie w ogóle występują i jaki mają charakter potencjalne niezgodności, gdyż z góry podlegałyby one działaniu owej klauzuli generalnej rozwiązującej wszelkie problemy w tym zakresie. Ewentualne problemy związane z istnieniem i ujawnieniem się tych niezgodności zostałyby wten sposób przesunięte dopiero na etap wykonania umowy, której projekt również zawiera taką klauzulę. Zdaniem składu orzekającego Izby rozwiązanie takie, choć niewątpliwie znacznie ułatwiłoby Zamawiającemu gładkie przeprowadzenie postępowania, nie znajduje oparcia w przepisach ustawy pzp.* [wyrok KIO z 29 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 804/11]

3. W formularzu oferty należało wybrać sposób realizacji świadczenia określanego jako karta apteczna. W złożonej ofercie PZU nie przekreśliło żadnego z punktów wymienionych w ust. 5 oferty, tym samym zgadzając się na realizację karty aptecznej za pomocą bezgotówkowego odbioru dowolnych produktów w aptece (ust. 5 pkt 1 oferty PZU), jak również świadczenia pieniężnego odpowiadającego kwocie świadczenia aptecznego (ust. 5 pkt 2 oferty PZU). Jednak z załączonego do oferty PZU OWU, wynika, iż przewidziano w nim jedynie zasady realizacji karty aptecznej w formie bezgotówkowej. Na stronie 161 oferty PZU znajdują się Ogólne Warunki dodatkowego grupowego ubezpieczenia z kartą apteczną. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 2) Karta apteczna to: *karta będąca dowodem uprawnienia do bezgotówkowego odbioru produktów w aptece; zasady jej funkcjonowania opisane są w Regulaminie Karty aptecznej, stanowiącym załącznik do niniejszych ogólnych warunków*

ubezpieczenia. Tym samym, PZU przewidziało zasady realizacji świadczenia aptecznego polegającego jedynie na bezgotówkowym odbiorze produktów. W żadnym miejscu nie ma natomiast mowy o warunkach realizacji świadczenia gotówkowego. Nie załączono bowiem w tym zakresie stosownych OWU.

Należy ponadto podkreślić, iż również w przypadku bezgotówkowego odbioru produktów w aptece, zasady jego realizacji nie zostały do końca określone w ofercie PZU. W zacytowanej powyżej definicji Karty aptecznej jest mowa o Regulaminie Karty aptecznej, w którym opisane są szczegółowe zasady jej funkcjonowania. Analiza dokumentacji składającej się na ofertę PZU pozwala jednak stwierdzić, iż brakuje ww. regulaminu. Zaniechanie dołączenia tego rodzaju dokumentu w momencie składania oferty, skłania do przyjęcia wniosku, iż nie może on stanowić integralnej części przyszłej umowy (vide: § 8 ust. 10 Załącznika nr 4 do SIWZ "Istotne postanowienia umowy"). Zamawiający nie ma więc gwarancji, że po podpisaniu umowy nie zostanie on zmieniony w taki sposób, że ulegną pogorszeniu warunki realizacji świadczenia aptecznego. Z powyższego należy więc wywodzić, iż zarówno zasady realizacji świadczenia pieniężnego, jak i zasady realizacji bezgotówkowego świadczenia aptecznego nie zostały ustalone w ofercie PZU.

[Ad. zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp oraz art. 26 ust. 4 pzp, ewentualnie 87 ust. 1 pzp]

Z dokumentacji postępowania wynika, iż Zamawiający wezwał PZU do uzupełnienia oferty o szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, jak również do złożenia wyjaśnień w zakresie wyboru właściwego podpunktu w ust. 5 oferty. Odwołujący zaznacza, iż nie zna podstaw prawnych, na gruncie których Zamawiający dokonał powyższych czynności i wywodzi je ze sformułowań podanych w piśmie PZU z 1 lutego 2012 r., którym dokonano uzupełnienia oferty (kopia dokumentu w załączeniu). Wskazany powyżej brak w postaci zaniechania załączenia do oferty PZU szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, nie mógł być uzupełniony na gruncie art. 26 ust. 3 pzp. Zgodnie bowiem z ugruntowanym w tym zakresie orzecznictwem KIO: *Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba uznała, że zarzut zaniechania wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia braku w ofercie w postaci podpisanego wzoru umowy nie potwierdził się. Uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp może dotyczyć jedynie oświadczeń i dokumentów składanych w ofercie w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub oświadczeń i dokumentów składanych w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego w siwz albo pełnomocnictw.* [wyrok KIO z 8 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 664/11]

Natomiast trudno do wskazanych w powyższym orzeczeniu dokumentów zaliczyć sporządzony przez Zamawiającego OPZ. Nie mieści się on bowiem pod pojęciem oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, jak również dokumentów, o

13

Sygn. akt KIO 339/12

których mowa w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Tym samym uznać należy, iż wezwanie do uzupełnienia oferty o OPZ, było nieuprawnionym działaniem Zamawiającego.

Odnosząc się natomiast do oświadczenia PZU o sposobie realizacji tzw. karty aptecznej, należy wskazać, iż w pierwotnej wersji oferty PZU zobowiązał się w ust. 5 do realizacji karty aptecznej w formie bezgotówkowego odbioru produktów, jak również w formie świadczenia pieniężnego odpowiadającego kwocie świadczenia aptecznego. Oba warianty, zostały wyróżnione ponadto inną czcionką (zapewne w celu graficznego wyodrębnienia), więc wydaje się, iż PZU miało świadomość, co zaznacza i jakie są tego konsekwencje. W tym świetle budzi uzasadnione zastrzeżenia, na jakiej podstawie Zamawiający powziął wątpliwość co do oświadczenia PZU zawartego w ust. 5 oferty. Nic bowiem nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca mógł zaznaczyć oba warianty. Ze sformułowania zawartego we wzorze formularza oferty, stanowiącego, że *Należy zakreślić właściwy podpunkt*, nie wynika obowiązek wyboru tylko jednego z nich. Skoro więc PZU nie przekreśliło żadnego z nich, a ponadto oba oznaczyło dla wyróżnienia inną czcionką, to w takim razie nie można było stwierdzić jakiegokolwiek niejasności w przedmiotowym oświadczeniu. Należy podkreślić, iż oświadczenie z formularza oferty stanowi jej merytoryczną zawartość, ponieważ dotyczy sposobu realizacji świadczenia wymaganego w OPZ. Na skutek wyjaśnień złożonych przez PZU doszło natomiast do uzupełnienia oferty PZU, co w świetle orzecznictwa KIO jest działaniem nieuprawnionym: *Izba nie znalazła również podstaw do zastosowania w niniejszej sprawie dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p., gdyż wyjaśnienie złożonej oferty, w tym stanie sprawy prowadziłoby do jej nieuprawnionego uzupełnienia.* [wyrok KIO z 10 września 2010 r., sygn. akt KIO 1780/10]

Reasumując, dokonane przez Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień (uzupełnień) było dokonane niezgodnie z prawem i wpłynęło na wynik postępowania. Gdyby bowiem Zamawiający zaniechał tej czynności, wówczas oferta PZU zostałaby uznana za niezgodną z s.i.w.z., ponieważ nie zawierałaby zasad realizacji karty aptecznej polegającej na świadczeniu pieniężnym. Skutkiem złożenia przez PZU wyjaśnień było natomiast wykreślenie z oświadczenia zawartego w ust. 5 oferty formy świadczenia pieniężnego, co doprowadziło do nieuprawnionego uzupełnienia polegającego na uzgodnieniu treści oferty z s.i.w.z.

[Ad. naruszenia art. 8 ust. 3 pzp]

Kolejnym przejawem naruszenia przez Zamawiającego obowiązujących przepisów Pzp (w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania) są działania dotyczące odtajnienia części oferty PZU. Utajnieniu podlegały dokumenty, z których jedne nie spełniały

Sygn. akt KIO 339/12

przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, drugie natomiast były jawne z mocy prawa. Okoliczności powyższe wykazano we wniosku o odtajnienie oferty PZU z dnia 8.02.2012 r. (kopia dokumentu w załączeniu). W znacznej części dokumenty te dotyczyły warunków udziału w postępowaniu. W wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 31 października 2007 r., skład orzekający wyraził stanowisko, zgodnie z którym: *w sytuacji, gdy wykonawca zastrzegł, jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa informacje dotyczące spełnienia warunków umożliwiających mu ubiegano się o udzielenie zamówienia, Zamawiający powinien zwrócić się do tego wykonawcy o wyrażenie zgody na odtajnienie tej informacji wskazując jednocześnie, że zastrzeżenie informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu, faktycznie uniemożliwia sprawdzenie innym uczestnikom postępowania, czy wykonawca może być dopuszczony do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Uniemożliwia tym samym tym uczestnikom korzystanie z ich uprawnień, a w rezultacie prowadzi do naruszenia warunków uczciwej konkurencji. Zgodnie z Uchwałą SN (sygn. akt III CZP 14/05) Zamawiający został zobowiązany do ustalenia, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest uzasadnione. Nie dotyczy to jednak - w ocenie Zespołu Arbitrów - sytuacji w której zastrzeżeniem zostały objęte warunki wymagane do uzyskania zamówienia. W tym przypadku informacja taka powinna być ujawniana innym uczestnikom postępowania. W przypadku gdy wykonawca nie wyrazi zgody na ujawnienie takiej informacji Zamawiający powinien uznać, że nie udokumentował on potwierdzenia spełnienia warunków ubiegania się o uzyskanie zamówienia z wynikającymi z tego konsekwencjami. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do zaakceptowania sytuacji, w której korzystanie przez innych wykonawców ze środków ochrony prawnej byłoby niemożliwe.* (sygn. akt UZP/ZO/0-1281/07).

Pomimo skierowania w 8 lutego 2012 r. przez Odwołującego uzasadnionego wniosku o niezwłoczne ujawnienie części oferty PZU, do 14 lutego 2012 r. Zamawiający wstrzymywał się z odtajnieniem znacznej części dokumentacji i w sposób nieuzasadniony opóźnił moment jej udostępnienia/przekazania Odwołującemu. Kwestia odtajnienia, przez wzgląd na „oczywistość” utajnionych dokumentów, nie wymagała zatem ze strony Zamawiającego szczególnych dodatkowych działań czy ustaleń zmierzających do rozwiania ewentualnych wątpliwości, co mogłoby uzasadniać tak znaczne opóźnienie (tym bardziej, że Odwołujący bardzo szczegółowo uzasadnił wniosek o odtajnienie i podkreślił znaczenie czasu dokonania tej czynności w kontekście rozpoczęcia biegu terminu na wniesienie odwołania). Jednak Zamawiającemu był potrzebny prawie okres tygodniowy na rozważenie kwestii zasadności odtajnienia. Powyższe, jak wskazano powyżej, nabiera tym większego znaczenia, iż jednocześnie od 7 lutego 2012 r., kiedy poinformowano Odwołującego o wyborze, biegł termin na wniesienie odwołania. Ograniczenie dostępu do zasadniczej części oferty PZU jako wykonawcy, którego oferta wybrana została jako najkorzystniejsza (zwłaszcza w

Sygn. akt KIO 339/12

zakresie spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu), przez dłuższy czas efektywnie uniemożliwiało Odwołującemu weryfikację prawidłowości działań Zamawiającego dotyczących tej oferty, a tym samym ograniczyło skorzystanie z przysługującego mu prawa do kwestionowania zasadności działań Zamawiającego w tym zakresie.

[Ad. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp]

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia wielu przepisów wskazanych i wynikających z niniejszego Odwołania, za w pełni uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 pzp. Poprzez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów, Zamawiający dopuścił się naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych, zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponadto, Zamawiający naruszył również wyrażoną w przepisie art. 7 ust. 3 pzp zasadę, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

O naruszeniu przez Zamawiającego powyższych zasad, w szczególności naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, świadczyć może szereg zachowań

zaobserwowanych w trakcie przedmiotowego postępowania.

W pierwszej kolejności wskazać chociażby należy na brak wezwania Odwołującego do złożenia szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zawierającego dokonane na skutek pytań wykonawców zmiany s.i.w.z. W Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający zaznaczył, iż Odwołujący złożył szczegółowy opis przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia zmian, które zostały wprowadzone w wyniku udzielonych odpowiedzi na zapytania Wykonawców. Po pierwsze, Odwołujący nie był zobowiązany do załączenia do oferty wersji OPZ uwzględniającej zmiany, czyli tzw. wersji ujednoliconej, bowiem to na Zamawiającym spoczywa obowiązek jego sporządzenia, w tym ujednolicenia. Warto dodać, że wersja pierwotna została przekazana Odwołującemu w wersji nieedytowalnej, z parafą zamieszczoną przez Zamawiającego w dolnym prawym rogu. Absurdem wydaje się w tym przypadku przepisywanie przez Klienta całego OPZ z uwzględnieniem nowych zapisów s.i.w.z. Ponadto wydaje się to nieuzasadnione w świetle postanowienia zawartego w Rozdziale VIII ust. 3 pkt 2): *Wszelkie modyfikacje, uzupełnienia i ustalenia oraz zmiany, w tym terminów, jak również pytania Wykonawców wraz z wyjaśnieniami, stają się integralną częścią specyfikacji i będą wiążące przy składaniu ofert.* Poza tym, w żadnym postanowieniu s.i.w.z. Zamawiający nie wymagał sporządzenia aktualnej wersji OPZ przez wykonawcę w sytuacji jej zmiany. Gdyby natomiast wolą Zamawiającego było, aby wykonawcy załączyli nowy OPZ do swojej oferty, wówczas sam byłby zobligowany do jego sporządzenia oraz zamieszczenia na swojej stronie internetowej, czego jednak nie uczynił.

16

Sygn. akt KIO 339/12

Abstrahując jednak od powyższego, budzi uzasadnione zastrzeżenie zachowanie Zamawiającego, polegające na wezwaniu PZU do uzupełnienia oferty o szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Tym samym, PZU w ogóle nie załączając OPZ do swojej oferty, zostało wezwane do jego uzupełnienia, natomiast Odwołujący nie uzyskał możliwości uzupełnienia swojej oferty o „prawidłowy” OPZ. Co prawda, nie stanowiło to podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, to jednak tego rodzaju zachowanie Zamawiającego w jaskrawy sposób obrazuje różny sposób traktowania wykonawców w podobnej sytuacji.

Innym przypadkiem jest wezwanie PZU do wskazania w ofercie jednego ze sposobów realizacji karty aptecznej w sytuacji, gdy Zamawiający nie mógł mieć co do tego żadnych wątpliwości. Oświadczenie PZU zawarte w ust. 5 oferty jasno bowiem wskazywało, że oferuje on realizację karty aptecznej w dwóch formach. Powyższe skłania do przyjęcia wniosku, że gdyby Zamawiający traktował wykonawców w sposób równy, to wzywając PZU do uzupełnienia oferty (czego mu nie wolno było zrobić), wezwałby także Odwołującego do załączenia nowego Formularza cenowego z prawidłowo podanymi stawkami składek. Odwołujący abstrahuje od tego, czy takie wezwania byłyby uprawnione w świetle pzp, a ma na celu jedynie ukazanie okoliczności różnego traktowania wykonawców w analogicznych sytuacjach. Takie zachowanie Zamawiającego w sposób nie budzący wątpliwości świadczy o nierównym sposobie traktowania Wykonawców na etapie badania i oceny ofert, co spowodowało, że w sprzeczny z prawem sposób doprowadził on do zgodności z s.i.w.z. ofertę droższą, natomiast ofertę Odwołującego, będącą de facto najkorzystniejszą niesłusznie odrzucił.

Ponadto nie powinno budzić wątpliwości, iż do naruszenia powyższych zasad doszło na skutek ograniczenia możliwości weryfikacji działań Zamawiającego poprzez zwłokę w odtajnieniu oferty PZU, co w konsekwencji wpłynęło na ograniczenie możliwości skutecznego odwołania się od decyzji w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej. [Zarzut dotyczący innych okoliczności wskazanych w zawiadomieniu przez Zamawiającego]

Nadto, z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący pragnie ustosunkować się do stwierdzenia Zamawiającego zawartego w Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, iż w referencjach załączonych do oferty Odwołującego nie ma wskazanej ilości pracowników zatrudnionych przez podmioty, które te referencje wystawiły.

W ust. 1 pkt 2 rozdziału VI *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków* Zamawiający postawił warunek w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym: *Wykonawcy winni udokumentować posiadanie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie, że w ciągu ostatnich trzech lat przed*

Sygn. akt KIO 339/12

zatrudniających co najmniej 2000 pracowników każdy z nich, odpowiadające swoim rodzajem ubezpieczeniu stanowiącemu przedmiot zamówienia o łącznej wysokości składek ubezpieczeniowych na co najmniej 1 200 000, 00 zł. Natomiast w celu wykazania spełnienia powyżej opisanego warunku Zamawiający wymagał, co wynika z rozdziału VII ust. 4 SIWZ, aby wykonawca dołączył do oferty: *wykaz wykonanych co najmniej trzech usług ubezpieczenia lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie z podaniem ich rodzaju i wartości, daty wykonania z wykorzystaniem załącznika nr IV do Formularza oferty oraz załączenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych usług*. Z wykładni literalnej drugiego z powyżej przywołanych zapisów s.i.w.z., jednoznacznie wynika, iż Zamawiający żądał załączenia dokumentu, który będzie potwierdzał, iż dana usługa ubezpieczenia była wykonana w sposób należyty. Zamawiający nie może więc żądać od Odwołującego, aby z dokumentów sporządzonych przez osoby trzecie wynikało coś więcej niż poza wymaganiami określonymi w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Orzecznictwo KIO w tym zakresie również prezentuje podobne stanowisko, zgodnie z którym: *Odnosnie braku wskazania w treści wykazu oraz referencji, że usługa zrealizowana na rzecz Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Katowicach, informacji, co do dokonania inspekcji TV podkreślić trzeba przede wszystkim, postanowienia specyfikacji nie zawierały wprost obowiązku wskazania w opisie usługi przeprowadzenia tej inspekcji. Ponadto brak jest podstaw do domagania się, aby informacja w tej mierze znajdowała się w treści referencji. Zgodnie z ukształtowanym poglądem orzecznictwa listy referencyjne lub inne dokumenty składane wraz z wykazem mają potwierdzać fakt należytego wykonania umowy*. [wyrok KIO z 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11]

Informacja o ilości pracowników zatrudnionych u danego odbiorcy usług mogłaby wynikać jedynie z oświadczenia wykonawcy, czyli z wykazu usług. Jednak w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wymagał, aby w opisie usługi była zawarta tego rodzaju informacja. Należy więc podkreślić, iż w przedmiotowej sprawie, Odwołujący spełnił zadość oczekiwaniom Zamawiającego w zakresie wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. W sposób prawidłowy bowiem uzupełnił tabelę zamieszczoną w Załączniku nr IV do Formularza oferty o 3 usługi ubezpieczenia, jak również załączył referencje, z których wynika, iż zostały one wykonane w sposób należyty. Jeżeli natomiast Zamawiający miał co tego jakiegokolwiek wątpliwości, to mógł wykorzystać przysługujący mu na gruncie pzp instrument, jakim jest wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp (vide: art. 26 ust. 4 pzp).

Sygn. akt KIO 339/12

Zamawiający przedstawił pisemną odpowiedź na odwołanie na rozprawie – wnosząc o oddalenie odwołania. W złożonym na rozprawie piśmie zaprezentowano następujące argumenty.

Art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp nie tylko uprawnia, ale nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny przy czym nie odnosi się do sytuacji, w której chodzi o oczywiste omyłki rachunkowe. W toku przedmiotowego postępowania jako błąd uzasadniający odrzucenie oferty Zamawiający ocenił niezaokrąglenie do pełnych złotych wysokości składki – co pozostawało w sprzeczności z wymaganiami przewidzianymi w s.i.w.z. Nie budzi wątpliwości, że zamawiający jest zobowiązany do wskazania w s.i.w.z. sposobu obliczenia ceny, a wykonawcy są tymi postanowieniami związani i jedynie należyte wywiązanie się wykonawców z tego obowiązku pozwala zamawiającemu na prawidłowe badanie ofert w toku wyboru najkorzystniejszej oferty. Oferta złożona przez Odwołującego, ze względu na niezaokrąglenie ceny, nie pozwalała na prawidłowe badanie ofert podczas

wyboru najkorzystniejszej. Działanie Odwołującego stanęło zatem w jawnej sprzeczności z treścią s.i.w.z., która w sposób jednoznaczny wymagała uwzględnienia przy wskazywaniu ceny pełnych złotych. Przy czym popełnione uchybienie nie stanowiło oczywistej omyłki rachunkowej polegającej na niezamierzonych błędach rachunkowych podczas dokonywania działań arytmetycznych, a zatem nie uzasadniało poprawienia oferty przez zamawiającego. Na to wskazuje także orzecznictwo KIO, np. w wyroku z dnia z 20 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 49/11): *błąd w obliczeniu ceny nie występuje jedynie wówczas, gdy są to omyłki rachunkowe, rzeczowe. Omyłki rachunkowe to uchybienia o charakterze arytmetycznym - efekt wadliwego wykonania działań na liczbach. Do omyłki rachunkowej, z zastrzeżeniem jej oczywistego charakteru, odnosi się art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oczywista omyłka rachunkowa podlega obligatoryjnej poprawie. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych błąd statuuje inną sytuację prawną. Oferta dotknięta błędem w obliczeniu ceny nie podlega uzdrowieniu i musi zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.* Niewątpliwie jest, że oznaczenie w ofercie Odwołującego ceny bez zaokrąglenia do pełnego złotego nie stanowi omyłki rachunkowej, o jakiej mowa powyższej, a zatem wypełnia dyspozycję błędu w oznaczeniu ceny uzasadniającego odrzucenie oferty. Dlatego w ocenie Zamawiającego całkowicie bezpodstawne pozostają nie tylko zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, co za tym idzie także naruszenia art. 87 ust. 1 pkt 2 lub 3 pzp, ponieważ Zamawiający nie miał żadnych podstaw poprawienia we wskazanym zakresie oferty Odwołującego.

Zamawiający jako nieuzasadniony ocenia zarzut niezgodności oferty PZU na Życie S.A. z s.i.w.z. w zakresie niezakwalifikowania poważnego zachorowania z OWU pod nazwą *Masywny zator tętnicy płucnej leczony operacyjnie*, jako zachorowania wskazanego przez Zamawiającego w OPZ (tabela) pod nazwą *Intensywny zator tętnicy płucnej leczony*

19

Sygn. akt KIO 339/12

operacyjnie. Wyrażenie „masywny” i wyrażenie „intensywny” w języku polskim, w szczególności w nomenklaturze medycznej, należy traktować jako synonimy. Potwierdzeniem takiej tezy jest chociażby porównanie definicji w ofertach. *Masywny zator tętnicy płucnej leczony operacyjnie* w ofercie PZU na Życie S.A. oznacza usunięcie świeżej skrzepliny z pnia tętnicy płucnej poprzez jego nacięcie (tzw. embolektomia chirurgiczna) w trakcie zabiegu operacyjnego wykonanego w trybie pilnym z powodu ostrego zatoru tętnicy płucnej. Natomiast w ofercie Compensa *intensywny zator tętnicy płucnej leczony operacyjnie* oznacza usunięcie świeżej skrzepliny z pnia tętnicy płucnej poprzez jego nacięcie (tzw. embolektomia chirurgiczna) w trakcie zabiegu operacyjnego wykonanego w trybie pilnym z powodu ostrego zatoru tętnicy płucnej. Jak widać obie definicje są identyczne.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 pzp jest bezpodstawny, ponieważ Zamawiający skorzystał z uprawnienia wezwania do złożenia dokumentów (podpisany szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) w określonym terminie na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. Wezwanie było o tyle zasadne, że Wykonawca PZU w złożonej ofercie, w zał. nr 2 do s.i.w.z. *Formularz oferty* oświadczył, co następuje: *...w zakresie zgodnym z opisem przedmiotu zamówienia oraz wymogami określonymi przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, oferujemy wykonanie przedmiotowego zamówienia zgodnie ze szczegółowymi warunkami zamówienia...* I dalej w ust. 4 *Formularza oferty*: *Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i załącznikami do niej, w tym z przedmiotem zamówienia oraz z postanowieniami Istotnych postanowień umowy, akceptujemy je i nie wnosimy do nich żadnych zastrzeżeń oraz oświadczamy, że uzyskaliśmy wszystkie konieczne informacje, niezbędne do przygotowania oferty.* Jest w tej sytuacji niewątpliwie, iż wymieniony w s.i.w.z. opis przedmiotu zamówienia jest wymagany przez Zamawiającego niezbędnym do przeprowadzenia postępowania dokumentem potwierdzającym, że oferta odpowiada wymaganiom przez niego określonym, a jako taki podlega uzupełnianiu w trybie przewidzianym w przepisie art. 26 ust. 3 pzp. Powyższe znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie KIO, która w wyroku z 20 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1941/11) wskazała, iż *Specyfikacja jest dokumentem mającym najistotniejsze znaczenie dla ustalenia wzajemnych praw i obowiązków stron, czyli zamawiającego i wykonawcy, a zatem klauzule zawarte w specyfikacji są wiążące dla wszystkich - bez wyjątku - uczestników postępowania. Oznacza to, że zamawiający, formułując obowiązki, jakie winni spełnić wykonawcy biorący udział w postępowaniu, obowiązany jest dokonywać weryfikacji każdej oferty pod względem*

ustalonych przez siebie wymogów. Skoro zatem sam zamawiający postawił wymóg dołączenia do oferty wskazanych wyżej certyfikatów i nie zmienił w tym zakresie treści specyfikacji, winien wymagać od wykonawców ich przedłożenia. (...) W przypadku ich nie dołączenia do oferty zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

20

Sygn. akt KIO 339/12

Za bezzasadny należy uznać także zarzut naruszenia art. 26 ust 3 lub 4 pzp ewentualnie art. 87 ust. 1 pzp w zakresie, w jakim Zamawiający wezwał Wykonawcę PZU do złożenia wyjaśnień sposobu realizacji świadczenia określanego jako karta apteczna. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, że PZU nie zakreślając żadnego z punktów zgodziło się na realizację karty aptecznej poprzez bezgotówkowy odbiór dowolnych produktów w aptece, jak również świadczenia pieniężne odpowiadające kwocie świadczenia aptecznego. Intencją Zamawiającego było pozostawienie wyboru wykonawcą jednego ze sposobów realizacji świadczenia aptecznego poprzez zakreślenie odpowiedniego punktu w *Formularzu oferty*. Niezakreślenie żadnego z punktów powodowało niejasność, do wyjaśnienia której Wykonawca PZU został wezwany.

W świetle powyższego Zamawiający nie dopuścił się zarzucanych naruszeń, ale przeprowadził postępowanie z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równości wszystkich wykonawców. W związku z czym nie ma podstaw do unieważnienia zaskarżonych czynności oraz powtórzenia badania złożonych ofert w celu wyboru najkorzystniejszej z nich.

20 lutego 2012 r. (pismem z tej daty) Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Na rozprawie Przystępujący złożył pismo zawierające argumentację merytoryczną wziętą pod uwagę przez skład orzekający Izby oraz omówioną poniżej w niniejszym uzasadnieniu.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia Wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i braku w tym zakresie odmiennych wniosków Stron na posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

21

Sygn. akt KIO 339/12

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego i dalszym piśmie złożonym na rozprawie, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone na rozprawie ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego

zamówienia, gdyż w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty, zatem ma realną szansę na uzyskanie zamówienia, nie tylko w razie wyeliminowania z postępowania oferty Przystępującego, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną stanowiącą podstawowe kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, podczas gdy w ramach drugiego kryterium oceny ofert zaproponował warunki analogiczne do Przystępującego. Jednocześnie już samo odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego naraża go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., odpowiedzi na pytania do s.i.w.z. z 4 i 10 stycznia 2012 r., protokołu postępowania, oferty Odwołującego, oferty Przystępującego, pism Zamawiającego, Odwołującego i Przystępującego kierowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę inne pisma i dokumenty wymienione i omówione w treści uzasadnienia, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz dalszych pismach i wyrażone ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izby stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

22

Sygn. akt KIO 339/12

I. Zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp przez zaniechanie dokonania poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego i jej odrzucenie z uwagi na błędy w obliczeniu ceny – Izba uznała za zasadne.

Izba ustaliła, iż przytoczone powyżej za odwołaniem uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp odpowiada podanemu przez Zamawiającego w treści pisma z 7 lutego 2012 r.

Izba ustaliła również, że w rozdziale XIV *Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert oraz opis sposobu obliczenia ceny oferty* – zamieszczono następujące postanowienia odnośnie sposobu obliczenia ceny oferty:

Oferta musi zawierać ceny (składniki ubezpieczeniowe) każdego z przedstawionych wariantów ubezpieczenia wymienionych w formularzu cenowym – załącznik nr I do Formularza oferty. Złożenie oferty nie uwzględniającej wszystkich przedstawionych wariantów, spowoduje jej odrzucenie.

Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia formularza cenowego – załącznik nr I do formularza oferty i określenia w nim cen zgodnie z przedstawioną tam tabelą. W tabeli w kolumnie nr 3, należy podać wysokość składki zaokrągloną do pełnych złotych (obligatoryjnie) oraz w kolumnie 5 iloczyn składki i wagi przyjętej dla każdego wariantu. Suma iloczynów składek i wag kryterium stanowi cenę oferty (winna być zaokrąglona do pełnych złotych). Wartość ta traktowana będzie jako cena oferty dla porównania i badania ofert wg wzoru z pkt. 1. Wartość oferty musi zawierać bezwzględnie klauzule obligatoryjne tj. wszystkie definicje, zapisy, ryzyka i wysokości świadczeń podane w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 do SIWZ.

(...)

Ceny określone przez Wykonawcę w kolumnie 3 formularza cenowego – załącznik nr I do formularza oferty będą obowiązywały w okresie obowiązywania umowy.

Izba ustaliła nadto, iż Odwołujący w następujący sposób wypełnił tabelę *Formularza cenowego* (Załącznik nr I do *Formularza oferty*) – podał dla każdego z 4 wymaganych wariantów: po pierwsze, w kolumnie 3. – wysokość składki: wariant I – 49,50 zł, wariant II – 59,00 zł, wariant III – 81,50 zł, wariant IV – 78,00 zł, po drugie, w kolumnie 5 – iloczyn tej składki i wag ustalonych przez Zamawiającego (podanych w kolumnie 4.: wariant I – 10:100, wariant II – 60:100, wariant III – 20:100, wariant IV – 10:100): wariant I – 4,95, wariant II –

34,40, wariant III – 16,30, wariant IV – 7,80. Następnie Odwołujący podał: w wierszu oznaczonym liczbą 5, iż *średnia składka z uwzględnieniem wagi (suma iloczynów składek i wagi)* wynosi 64,45 ; w wierszu oznaczonym liczbą 5, że *łączna maksymalna wartość za*

23

Sygn. akt KIO 339/12

miesiące (poz. nr 5 x 24) wynosi 1546,80.

Z tak ustalonego stanu faktycznego wynika, iż Odwołujący, wskazując wysokość składki dla wariantu I. i III., nie zastosował się do postanowień s.i.w.z. dotyczących sposobu obliczenia ceny nakazujących zaokrąglenie podawanych w kolumnie 3. składek do pełnych złotych, co miało swoje konsekwencje, gdyż dalsze obliczenia (iloczyn składki i wagi, sumowanie tych iloczynów oraz iloczyn tej sumy i 24 miesiące) – zostały przeprowadzone poprawnie rachunkowo dla tych danych. Izba zważyła w tych okolicznościach, iż choć w ofercie Odwołującego ewidentnie doszło do obliczenia ceny w sposób merytorycznie niezgodny z konkretnym postanowieniem s.i.w.z., to Zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż niezgodności tej nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, błędnie kwalifikując ją jako błąd w obliczeniu ceny uzasadniający odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp.

W ocenie Izby nie można zgodzić się jednak z sugerowaną w odwołaniu możliwością zakwalifikowania powyżej opisanego sposobu wypełnienia tabeli formularza cenowego jako oczywistej omyłki rachunkowej. Wskazuje na to już przytoczona powyżej za odwołaniem wypracowana w orzecznictwie jej definicja – gdyż brak zaokrągleń stawek jest oczywistym wynikiem nie tyle nieprawidłowego działania arytmetycznego, lecz niezastosowania się do narzuconego mocą s.i.w.z. założenia wyrażenia w pełnych złotych składek za poszczególne warianty ubezpieczenia, które stanowiły dane wyjściowe do dalszych wyliczeń objętych formularzem cenowym. Natomiast samo wyliczenie wysokości tych składek było już wewnętrzną sprawą każdego z wykonawców i, przynajmniej do czasu ewentualnego wezwania do wyjaśnień (w szczególności w trybie art. 90 ust. 1 pzp), nie podlegało w żaden sposób uzewnętrznieniu w ofercie. Dalsze zaś obliczenia uzewnętrznione w formularzu cenowym oferty Odwołującego są zaś konsekwencją pominięcia tego wymagania i nie są obarczone żadnym arytmetycznym błędem. Innymi słowy, Odwołujący w sposób oczywisty nie zastosował się do sposobu prezentacji danych wynikającym z treści wiążących postanowień s.i.w.z, czego nie można utożsamiać z oczywistością omyłki rachunkowej, której na pierwszy rzut oka w ogóle nie można stwierdzić po zapoznaniu się z formularzem cenowym oferty Odwołującego. Zatem stan faktyczny sprawy w istotny sposób odbiega od tego, który przywiódł Izbę do oceny w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 133/09 zaistnienia oczywistej omyłki rachunkowej. Natomiast wskazana w odwołaniu okoliczność możliwości samodzielnego stwierdzenia i poprawienia omyłki przez Zamawiającego nie jest kryterium wskazującym jednoznacznie na oczywistą omyłkę.

Izba zważyła, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie szczegółowo odniósł się jedynie do niemożności zakwalifikowania popełnionego przez Odwołującego uchybienia do kategorii oczywistych omyłek rachunkowych, nie podając jednak żadnych konkretnych argumentów, które przywiódły Zamawiającego do oceny, iż nie jest to omyłka inna niż

24

Sygn. akt KIO 339/12

oczywista, podlegająca poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W szczególności nic nie wnosi do niniejszej sprawy przeciwstawienie oczywistej omyłce rachunkowej błędu w obliczeniu ceny, gdyż *na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych błąd statuuje inną sytuację prawną*. Z odpowiedzi na odwołanie wynika wręcz, skoro *oznaczenie w ofercie odwołującego ceny bez zaokrąglenia do pełnego złotego* nie stanowi oczywistej omyłki rachunkowej, *a zatem wypełnia dyspozycję błędu w oznaczeniu ceny uzasadniającego odrzucenie oferty*, iż Zamawiający w toku badania oferty w ogóle nie rozważał możliwości zakwalifikowania stwierdzonej niezgodności do kategorii omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Natomiast stanowisko zaprezentowane ustnie na rozprawie przez Zamawiającego, iż nie jest to sprzeczność z treścią s.i.w.z. – w oczywisty sposób jest sprzeczne ze stanowiskiem wyrażonym pisemnie (*niezaokrąglenie do pełnych złotych*

wysokości składki ... pozostawało w sprzeczności z wymaganiami przewidzianymi w SIWZ). Również Przystępujący wywodził w złożonym na rozprawie piśmie, że podanie przez Odwołującego w ofercie wysokości składek niezaokrąglonych do pełnych złotych świadczy o niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ... Przede wszystkim nie sposób z góry wyłączać omyłek dotyczących sposobu wyrażenia ceny oferty będącej koniecznym elementem treści oferty, jako pozostających poza zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Na potrzebę rozważenia możliwości poprawienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp zanim stwierdzony zostanie błąd w obliczeniu ceny wskazał również Sąd Najwyższy, który na pytanie *Czy określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę, podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy...* odpowiedział w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11): *Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy...).*

Na rozprawie ujawnił się natomiast zasadnicza rozbieżność stanowisk na tle możliwości zastosowania art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp do tego konkretnego uchybienia w treści oferty Odwołującego, po pierwsze – co do tego, czy jego poprawienie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty, skoro spowoduje zmianę jej ceny, po drugie – co do możliwości samodzielnej poprawy przez Zamawiającego, skoro w s.i.w.z. nie wskazano kierunku zaokrąglenia do pełnych złotych (w górę, czy w dół). W szczególności Przystępujący wskazywał, iż *błędu w ofercie Odwołującego nie sposób jest poprawić albowiem nie jest to błąd w działaniu matematycznym, jak również nie ma charakteru oczywistego, a tym bardziej [nie] wiadomo de facto jak go poprawić, czy zaokrąglić w górę, czy w dół. A także, że każda zmiana ceny oferty Odwołującego dokonana przez Zamawiającego, która nie wynika z żadnych obliczeń, spowodowałaby istotną zmianę treści tej oferty, gdyż podstawowym i*

25

Sygn. akt KIO 339/12

jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest cena ofertowa, w związku z czym, Zamawiający nie miał możliwości dokonania poprawy oferty w sposób nie zmieniający jej treści.

Izba podziela dominujące w doktrynie i orzecznictwie stanowisko, iż zakresem zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp objęte jest również poprawienie treści oferty w zakresie jej ceny, która niewątpliwie stanowi *essentialia negotii* umowy w sprawie zamówienia publicznego, o ile nie powoduje zmiany tej ceny w sposób istotny. W niniejszej sprawie, niezależnie od tego, czy rozpatrywać zmianę wywołaną zaokrągleniami przez pryzmat ceny dotychczas wpisanej w ofercie, czy też w relacji do drugiej złożonej w postępowaniu oferty Przystępującego – zmiana ceny oferty nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty złożonej przez Odwołującego. Odnosnie zmiany dotychczasowej ceny oferty, to nawet jeżeli przyjąć optykę spojrzenia Przystępującego, wyliczona przez niego zmiana dotyczy podwyższenia o kwotę ponad 62 tys. zł 24-miesięcznej wartości umowy, a zatem kwoty 4.040.241,60 zł (kwota uwidoczniła w *Protokole z prac Komisji przetargowej z 3 lutego 2012 r.*), co oznaczałoby zmianę nieznacznie przekraczającą 1,5% tej kwoty. Sala tej zmiany została jednak zawyżona przez Przystępującego, który przyjął założenie podwyższenia ceny oferty Odwołującego, jednak w rzeczywistości możliwa w tym kierunku zmiana ceny tej oferty (rozumianej według s.i.w.z. jako suma iloczynów składek i wag dla wszystkich 4 wariantów), może wynieść 0,55 zł, a zatem kwoty 34.320,00 zł w okresie 24 miesięcy, co stanowi 0,85% wskazanej powyżej maksymalnej wartości umowy. Z kolei ponieważ niesporne w toku postępowania odwoławczego było, iż również w ten sposób podwyższona cena oferty Odwołującego jest niższa niż cena oferty Przystępującego, nie sposób również ocenić tej zmiany jako powodującej zmianę w rankingu ofert, uwzględniając również niesporny fakt zaoferowania takich samych warunków w obydwu ofertach w zakresie okoliczności ocenianych w ramach drugiego kryterium oceny ofert. Izba podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd o konieczności prowadzenia oceny zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp *ad casum*, a wobec takich, a nie innych konkretnych okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, nic nie wnosiło dla jej rozstrzygnięcia mnożenie na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego hipotetycznych zagrożeń, na tle możliwych w innych okolicznościach stanów faktycznych.

Z kolei, o ile prawdą jest, że z postanowień s.i.w.z. dotyczących sposobu obliczenia ceny nie wynika czy należało zaokrąglić do pełnych złotych w górę czy w dół, o tyle nie powoduje niemożności stwierdzenia w jakim kierunku należy dokonać zaokrąglenia składki wskazanych w formularzu cenowym Odwołującego dla wariantu I. i III. kwotami w pełnych złotych i 50 groszami po przecinku. Izba podziela stanowisko, iż wobec braku w tym zakresie odrębnych uregulowań prawnych wynikających z przepisów powszechnie obowiązujących czy też wiążących w postępowaniu uregulowań s.i.w.z., należy odwołać się do wskazań

26

Sygn. akt KIO 339/12

wiedzy z dziedziny matematyki, według których dokonujemy tego w zależności od tego, jaka jest następna cyfra po tej, którą zaokrąglamy, jeżeli jest to 0,1,2,3 albo 4 – zaokrąglamy w dół, natomiast jeżeli jest to 5,6,7,8 albo 9 – zaokrąglamy w górę. Wobec tego z punktu widzenia matematycznych zasad zaokrąglania nie powinno budzić żadnych wątpliwości, iż końcówki kwot stawek ubezpieczenia wynoszące 50 groszy należy podwyższyć do pełnych złotych. O ile można bowiem sobie wyobrazić wyłączenie tych zasad mocą szczególnego postanowienia s.i.w.z., o tyle milczenie w tym zakresie s.i.w.z. nakazuje wręcz odwołanie się do nich. W tym kontekście dziwi oczekiwanie Zamawiającego, aby to przepisy ustawy pzp lub kodeksu cywilnego wskazywały obowiązujące zasady zaokrąglania, skoro wynika to z obowiązujących, nawet jeżeli na innej zasadzie, wskazań nauki ścisłej jaką jest matematyka. Zamawiający i Przystępujący nie wskazali na czym miałyby polegać sprzeczność matematycznych zasad zaokrąglania z tymi aktami prawnymi. Bez znaczenia jest zatem odnotowane na wniosek Przystępującego wahanie Odwołującego na rozprawie, który na zadane na rozprawie pytanie o sposób zaokrąglenia wobec milczenia s.i.w.z. czy ma to nastąpić w górę czy w dół, odpowiedział, *iz nie da się zaokrąglić bez wskazania metody, jednak jego zdaniem winno być to zaokrąglenie w górę, gdyż zaokrąglenie w dół dałoby niższą cenę za całą ofertę*. Odwołujący prawidłowo wywodził jednak w tym zakresie w odwołaniu. Natomiast Przystępujący wielokrotnie błędnie wywodzi w złożonym na rozprawie piśmie, iż zaokrąglenie nie jest działaniem matematycznym.

Odwołanie się do tych ścisłych, pewnych i niezmiennych zasad czyni pozornymi wszelkie pozostałe zagrożenia podnoszone na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego w związku z poprawieniem oferty Odwołującego. Po pierwsze – nie zachodzi żadne zagrożenie prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej przez Odwołującego oferty, ani zmiany jej treści w sposób wykraczający poza dyspozycję art. 87 ust. 1 pzp. Nie ma powodów aby doszło do jakichkolwiek negocjacji, natomiast zasada, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty nie stoi na przeszkodzie wzywaniu do ich złożenia, co jest zawsze uprawnieniem zamawiającego prowadzącego postępowanie, lecz uwzględnianiu treści udzielonych w taki sposób, który *de facto* prowadzi do takiej zmiany. Po drugie – stanowczo należy odrzucić twierdzenia Przystępującego, iż przytoczone przez niego w złożonym na rozprawie piśmie tezy piśmiennictwa (w tym te zawarte na stronie 447 bliżej niesprecyzowanego wydania komentarza autorstwa G. Wicik, P. Wiśniewski) – *wprost prowadzą do stwierdzenia, iż Oferta Compensa jest niezgodna z SIWZ, wobec czego zgodnie z dyspozycją przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy obowiązkiem Zamawiającego jest jej odrzucenie*, gdyż zawierają one twierdzenia ogólne, które zostały wyrwane z kontekstu, a wobec odwoływania się do orzeczenia wydanego w 2005 r., nie mogą uwzględniać instytucji wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Po trzecie – Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie

27

Sygn. akt KIO 339/12

swojej tezy o tym, że *działanie Odwołującego mogło być celowe i zamierzone*, Zamawiający nawet tego nie twierdził, nie doszło także nawet do zagrożenia możliwości domagania się przez Odwołującego zaokrąglenia w górę lub w dół w zależności od tego, jakie zaokrąglenie byłoby dla niego korzystne po otwarciu ofert i zapoznaniu się z treścią ofert konkurencyjnych.

II. Zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią s.i.w.z. oraz dopuszczenie do uzupełnienia treści tej oferty po terminie składania ofert

– Izba uznała częściowo za zasadne w poniżej wskazanym zakresie.

W odwołaniu sprecyzowano dwa zarzuty niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią konkretnie wskazanych postanowień s.i.w.z.: po pierwsze – niezłączenie podpisanego opisu przedmiotu zamówienia, jako sprzeczność z lit. d pkt. 1 ust. 1 rozdziału VII s.i.w.z. (a także z pkt. 10 lit. c *Formularza oferty*), po drugie – występowanie w przedstawionych OWU terminu *masywny zator tętnicy płucnej leczony operacyjnie*, zamiast wynikającego ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia terminu *intensywny zator tętnicy płucnej leczony operacyjnie*. Ponadto w zakresie pierwszej z tych niezgodności doszło według odwołania także do naruszenia art. 26 ust. 3 pzp, wobec uzupełnienia tego braku wskutek skierowanego w tym trybie przez Zamawiającego wezwania. Po trzecie – odwołanie zawiera odrębny zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 pzp i art. 87 ust. 1 pzp wobec nieuprawnionego wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnienia przez Przystępującego złożonej oferty w zakresie pkt. 5 *Formularza oferty* dotyczącego sposobu realizacji tzw. świadczenia aptecznego, a następnie niedopuszczalnego uzupełnienia treści tej oferty przez Przystępującego, który wskazał, że oferuje jedynie możliwość z ppkt. 1, to jest bezgotówkowy odbiór produktów w aptece, natomiast nie oferuje wypłaty świadczenia pieniężnego odpowiadającego ich wartości.

[Ad. 1]

Zarzut pierwszy należy rozpatrzeć łącznie z zarzutem dotyczącym nieuzasadnionego wskazania przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, iż Odwołujący załączył opis przedmiotu zamówienia nieuwzględniający modyfikacji. Nie sposób bowiem by braki dotyczące tych samych dokumentów mogły być odmiennie kwalifikowane prawnie w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym jeżeli bezprawne było uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp w stosunku do Przystępującego, to taki sam charakter miałoby wezwanie w tym trybie Odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu, nawet jeżeli uczyniłoby to zadość potraktowaniu w ten sam sposób wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji.

Izba ustaliła następujące brzmienie ust. 1 rozdziału VII *Informacje o oświadczeniach i*

Sygn. akt KIO 339/12

dokumentach: Na ofertę składają się następujące dokumenty i załączniki: 1) wypełniony i podpisany Formularz oferty, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ wraz z nw. załącznikami: a) wypełniony i podpisany Formularz cenowy, stanowiący załącznik nr 1 do Formularza oferty, b) oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne z art. 22 ust. 1 (wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu), stanowiące załącznik nr III do Formularza oferty, c) dokumenty wskazane w Rozdziale VII ust. 2 SIWZ oraz pełnomocnictwa osób podpisujących ofertę do podejmowania zobowiązań w imieniu firmy składającej ofertę, o ile nie wynikają z przepisów prawa lub innych dokumentów, d) podpisany szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. 2) do oferty należy dołączyć spis aktualnych na dzień składania ofert warunków i reguł, zastosowanych do ubezpieczeń objętych niniejszym postępowaniem (warunki powinny być dołączone do oferty bez konieczności ich numerowania). Jeżeli do oferty będą załączane warunki ubezpieczenia i klauzule obcojęzyczne, powinny być załączone także ich tłumaczenia na język polski, podpisane przez Wykonawcę.

Rację ma jednak Odwołujący, że Zamawiający błędnie upatruje możliwości uzupełnienia tego typu braków w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Opis przedmiotu zamówienia nie może stanowić dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż nie potwierdza zgodności oferowanych usług z wymaganiami Zamawiającego, lecz stanowi właśnie opis tych wymagań, które w tym przypadku należało bez wprowadzania jakichkolwiek zmian zaakceptować przez złożenie na nich podpisu. Zatem Zamawiający równie bezpodstawnie wezwał do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp Przystępującego, jak i wskazał na ten przepis jako upoważniający go do odstąpienia od wezwania Odwołującego. Zupełnie nietrafione jest przy tym powoływanie się na uzasadnienie wyroku Izby z 20 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1941/11) dotyczącego niezłożenia certyfikatów to jest dokumentów wystawionych przez podmiot trzeci potwierdzających, że oferowany sprzęt komputerowy posiada właściwości wynikające z treści oferty. Natomiast podnoszone przez Zamawiającego złożenie przez Przystępującego podpisu pod oświadczeniami zawartymi w ust. 3 i 4

Formularza oferty, wyrażających akceptację postanowień s.i.w.z., może co najwyżej podważać sens żądania dodatkowo składania podpisanego przez wykonawcę opisu przedmiotu zamówienia przygotowanego przez Zamawiającego. Na powyższe zwrócił uwagę w złożonym piśmie procesowym Przystępujący, wskazując na analogię z sytuacją żądania przez zamawiających złożenia podpisanego wzoru umowy, który jednak nie jest konsekwentny, gdyż uprzednio na skierowane przez Zamawiającego wezwanie zareagował bez żadnych zastrzeżeń.

W tych okolicznościach Izba uznała, że należy uszanować wyrażone przez Zamawiającego w s.i.w.z. i niezakwestionowane przez wykonawców w stosownym czasie żądanie otrzymania podpisanego przez każdego z nich opisu przedmiotu zamówienia.

29

Sygn. akt KIO 339/12

Należy zauważyć, że przeciwko uznaniu tego wymogu za czysto formalny przemawiają dodatkowo dwie okoliczności. Po pierwsze – Zamawiający nie ujednolicił opisu przedmiotu zamówienia zmienionego wskutek udzielanych przed otwarciem ofert wyjaśnień treści s.i.w.z., a zatem w ten sposób zapewnił sobie możliwość weryfikacji, czy zmiany te na pewno zostały uwzględnione przez wykonawców. Po drugie – wymaganie złożenia podpisanego zaktualizowanego opisu przedmiotu zamówienia należy uznać za skorelowane z wymaganiem przedstawienia przez wykonawców ogólnych warunków umów, na których ma być wykonywane zamówienie w zakresie nieuregulowanym w nim. W ten sposób o ile Zamawiający wyraził wolę adhezyjnego przystąpienia do OWU wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, o tyle wymagał takiego adhezyjnego przystąpienia ze strony wykonawcy do swoich wymagań wyrażonych w OPZ. Zamawiający mógł również zakładać, że w ten sposób wykonawcy będą zmuszeni do ustalenia ostatecznego brzmienia wymagań Zamawiającego, a przede wszystkim zadbania o pełną zgodność tego co podpisali, z tym co oferują w ramach swoich OWU. Założenia te nie w pełni się sprawdziły, a zatem zaszła konieczność usunięcia uchybień w złożonych ofertach, w których bądź nie złożono w ogóle OPZ (Przystępujący), bądź złożono go wersji wynikającej z pierwotnej treści s.i.w.z. (Odwołujący).

Wobec tego jako podstawa uzupełnienia tego braku może być rozważany jedynie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zdaniem Izby złożenie przez obydwu wykonawców oświadczeń zawartych w *Formularzu oferty*, w szczególności w ust.4 (Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i załącznikami do niej, w tym z przedmiotem zamówienia oraz postanowieniami Istotnych postanowień umowy, akceptujemy je i nie wnosimy do nich żadnych zastrzeżeń oraz oświadczamy, że uzyskaliśmy wszystkie konieczne informacje, niezbędne do przygotowania oferty.) – należy rozpatrywać w kontekście tego przepisu jako wolę złożenia oferty zgodnej z wymaganiami s.i.w.z. W przypadku Przystępującego należy uznać, iż pomimo błędnej podstawy prawnej *de facto* doszło do w ten sposób poprawienia treści jego oferty przez Zamawiającego, na co wyraził on zgodę. W stosunku do Odwołującego brak ujednolicenia s.i.w.z. po zmianach należy uznać za wyjaśnienie przyczyn popełnionej przez niego omyłki. Ponieważ w toku prowadzonego postępowania Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do tego, iż wolą Odwołującego było zaoferowanie świadczenia odpowiadającego jego wymaganiom, na co wskazuje gotowość do wezwania w taki sam sposób jak Przystępującego, winien on zawiadomić Odwołującego o dokonaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp poprawienia złożonego w ofercie opisu przedmiotu zamówienia. W ten sposób obaj wykonawcy zostaną potraktowani w analogiczny sposób, to znaczy zostanie im umożliwione skorygowanie treści złożonych oświadczeń woli w zakresie dopuszczonym obowiązującymi przepisami ustawy pzp.

30

Sygn. akt KIO 339/12

[Ad. 2]

Bezsporne było, iż Przystępujący w *Ogólnych warunkach dodatkowego grupowego ubezpieczenia na wypadek ciężkiej choroby* (kod warunków CCGP33 w wersji obowiązującej od 1 kwietnia 2011 roku), konsekwentnie posługuje się terminem *masywny zator płucny leczony operacyjnie*, który został użyty w § 2 ust. 2 pkt 1 lit. e, ppkt. 5 wszystkich kolumnach

tabeli zamieszczonej w § 5, a w § 3 pkt 14 zdefiniowany został jako *tylko taki masywny zator tętnicy płucnej leczony operacyjnie, który oznacza usunięcie świeżej skrzepliny z pnia tętnicy płucnej poprzez jego nacięcie (tzw. embolektomia chirurgiczna) w trakcie zabiegu operacyjnego wykonanego w trybie pilnym z powodu ostrego zatoru tętnicy płucnej*. Natomiast w opisie przedmiotu zamówienia występuje termin *intensywny zator płucny*, dla którego nie ma żadnej definicji, jest jedna z nazw chorób wymienionych w tabeli na s. 8 w ramach ryzyka: *wystąpienie ciężkiej choroby zdiagnozowanej w okresie ubezpieczenia*, gdzie po wymienionych nazwach chorób zamieszczono także uwagę – *obowiązują definicje zawarte w SIWZ, gdy zaś nie są wymienione w SIWZ obowiązują definicje zawarte w OWU Wykonawcy*. Nadto Odwołujący nie zaprzeczył na rozprawie, że definicja zawarta przez niego w pkt. 3 *Aneksu do OWDU na wypadek poważnego zachorowania (BRP-1509)* *intensywnego zatoru płucnego leczonego operacyjnie* jest tożsama z powyżej przytoczoną definicją *masywnego zatoru płucnego leczonego operacyjnie* przyjętą przez Przystępującego.

Izba zważyła, iż w tych okolicznościach zarzut odwołania nie może zostać uznany za zasadny. Przede wszystkim, nie bez przyczyny Odwołujący nie był w stanie wskazać na czym miałyby polegać niezgodność sposobu wykonania zamówienia zaoferowanego przez Przystępującego z wymaganiami treści s.i.w.z. Zamawiający nie postawił bowiem żadnych wymagań co do zakresu ryzyka określonego przez siebie jako zator *intensywny*, choćby przez wskazanie jego definicji, poprzestając na podaniu *definiendum*. Skoro *definiens* dla zatoru *masywnego* jest taki sam jak dla zatoru *intensywnego*, jak to wynika z porównania obydwu złożonych ofert, podnoszone w odwołaniu zagrożenie odmowy uniknięcia wypłaty świadczenia jest bezpodstawne. Każdy *intensywny* zator płucny leczony operacyjnie jaki wystąpi będzie jednocześnie *masywnym*. Nieadekwatny jest zatem przytoczony w odwołaniu fragment uzasadnienia wyroku Izby z 29 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 771/11), gdyż już z niego wynika sytuacja niezgodności oferowanego ryzyka w razie konieczności zabiegu dotyczącego jednocześnie dwóch organów, podczas gdy wymagane było ryzyko obejmujące zabieg na jednym z tych organów.

O ile można podzielić stanowisko Odwołującego co do celowości zachowania jednolitości terminologicznej w ramach całej oferty i przyszłej umowy, o tyle w tym

31

Sygn. akt KIO 339/12

konkretnym przypadku ma ona charakter nieistotny. Jeżeli Zamawiający miałby na tym tle jakieś wątpliwości, to mógłby je bez przeszkód wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 pzp. W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego zasługują na wiarę i są wystarczające. Izba zważyła, że poza podważaniem wiarygodności lekarza, który podpisał dokument prywatny przedstawiony na rozprawie, jako specjalisty powiązanego z Przystępującym, Odwołujący nie był w stanie wskazać w jaki sposób miałyby to wpłynąć na prawdziwość zdania, iż *w medycynie funkcjonuje tylko pojęcie masywnego zatoru tętnic płucnych*. Choć kwestia ta nie została wyjaśniona w odpowiednim czasie przez Przystępującego w drodze zadania pytania do treści s.i.w.z., to sugerowana przez niego niezamierzona pomyłka w treści opisu przedmiotu zamówienia związana z użyciem przymiotnika „intensywny” zamiast „masywny” w odniesieniu do zatoru płucnego leczonego operacyjnie wydaje się, pomimo milczenia Zamawiającego na rozprawie, jak najbardziej prawdopodobna. Tak czy inaczej, jeżeli tylko dojdzie do powyżej opisanego zabiegu operacyjnego, to będzie on się mieścił w ryzyku objętym ubezpieczeniem, niezależnie od tego kto będzie ubezpieczycielem. W tych okolicznościach, pomimo braku zawarcia w Załączniku nr VI do oferty postanowienia wprost wskazującego na tożsamość terminów OWU kod CCGP 33 i OPZ, nadużyciem ze strony Odwołującego jest wywodzenie z klauzuli generalnej zamieszczonej w pkt. II. tego załącznika zagrożeń jakie Izba stwierdziła na tle zupełnie innego stanu faktycznego w sprawie rozstrzygniętej wyrokiem z 29 kwietnia 2011 r. (sygn. akt 804/11). Odwołujący poprzestał na przytoczeniu rozważań ogólnych, pomijając zupełnie na czym polegały stwierdzone w tamtej sprawie konkretne niezgodności treści oferty z treścią wymagań s.i.w.z., w stosunku do których miałyby działać klauzula generalna, narzucona skądinąd przez samego zamawiającego.

[Ad. 3]

Izba ustaliła, iż odpowiedź udzielona przez Zamawiającego 10 stycznia 2012 r. na

pytanie 7 z zmieniła treść ust. 5 *Formularza oferty* na następującą: *Oświadczamy, że 1) bezgotówkowy odbiór dowolnych produktów w aptece dostępny będzie w aptekach, które akceptują taki bezgotówkowy odbiór produktów w ramach realizacji świadczenia z tytułu umowy ubezpieczenia; 2) Ubezpieczony otrzyma świadczenie pieniężne odpowiadające kwocie świadczenia aptecznego (Należy zakreślić właściwy podpunkt).* Jednocześnie dokonano analogicznej zmiany § 1 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy. Ponadto Zamawiający zawarł w załączniku nr 1 do s.i.w.z., w postanowieniach zatytułowanych *Definicje mające zastosowanie w umowie ubezpieczenia*, zdefiniował *Świadczenie apteczne* jako *uprawnienie do bezgotówkowego odbioru dowolnych produktów w aptece, do wysokości określonej kwoty, po każdym pobycie w szpitalu*. Natomiast w postanowieniach zatytułowanych *Inne szczegółowe obligatoryjne warunki ubezpieczenia* znalazł się pkt. 12, zgodnie z którym

32

Sygn. akt KIO 339/12

Wykonawca obowiązany jest złożyć ofertę obejmującą wszystkie ryzyka (wymagane świadczenia) wyszczególnione w tabeli, przy czym świadczenie apteczne zostało wymienione w wierszu 4. od dołu z podaną kwotą od 200 zł (dla wariantów I., II. i III.) do 400 zł (dla wariantu IV.).

Izba zważyła, że choć z powyższych postanowień s.i.w.z. nie wynika wykluczenie oferowania zarówno bezgotówkowego odbioru produktów, jak i wypłaty świadczenia pieniężnego odpowiadającego ich wartości, to jednak na konieczność pozytywnego wskazania oferowanego świadczenia wskazuje wskazówka nakazująca zakreślenie właściwego podpunktu. Nadto z definicji ustalonej przez Zamawiającego w OPZ wynika, co do zasady, że świadczenie apteczne to uprawnienie ubezpieczonego po każdym pobycie w szpitalu do bezgotówkowego odbioru produktów w aptece, natomiast wypłata świadczenia pieniężnego jest dopuszczonym na mocy s.i.w.z. jego substytutem. Przede wszystkim jednak, wobec niezakreślenia żadnej z tych dwóch możliwości w ust. 5 *Formularza ofertowego* przez Przystępującego, nie sposób wywodzić istnienia po jego stronie woli oferowania ich jednocześnie wyłącznie na podstawie pogrubienia i pochylecia czcionki (którą wyróżniono także uwagę o zakreśleniu właściwego punktu), wobec przedstawienia w ofercie *Ogólnych warunków dodatkowego grupowego ubezpieczenia z kartą apteczną* (kod warunków APGP32, obowiązujące od 1 kwietnia 2011 r.), gdzie w § 2 ust.1 pkt 1 *in principio* zdefiniowano, iż *karta apteczna to karta będąca dowodem uprawnienia do bezgotówkowego odbioru produktów w aptece*. Wobec dostrzeżenia w odwołaniu, że na stronach 161-162 oferty Przystępującego znajdują się takie OWU przewidujące zasady realizacji świadczenia aptecznego, nieuzasadnione jest wyciągnięcie na tej podstawie wniosku o braku sprecyzowania sposobu realizacji świadczenia bezgotówkowego. Zamawiający wymagał od wykonawców przedstawienia aktualnych na dzień składania ofert warunków i reguł stosowanych do ubezpieczeń objętych postępowaniem (bez konieczności zachowania ciągłości numeracji z pozostałą częścią oferty), a zatem, jak to już wskazano powyżej, również one, obok wypełnionego *Formularza oferty* i podpisanego *Opisu przedmiotu zamówienia*, stanowią integralną część oferty. W tych okolicznościach Zamawiający miał prawo wezwać do wyjaśnień w celu wyjaśnienia wątpliwości powstałych na tle całościowej treści oferty, a udzielone wyjaśnienia potwierdzające zaoferowanie karty aptecznej nie mogły być ocenione jako prowadzące do niedopuszczalnej z mocy art. 87 ust. 1 pzp zmiany treści oferty, wręcz przeciwnie następnym krokiem Zamawiającego winno być dokonanie stosownej poprawki w treści *Formularza oferty* Przystępującego. Zamiast tego Zamawiający również w tym przypadku w sposób oczywiście błędny uznał wyjaśnianie treści podstawowego dokumentu zawierającego treść oświadczenia woli za objęte dyspozycją art. 26 ust. 4 pzp, zamiast art. 87 ust. 1 pzp, a następnie dopuścił do swoistego uzupełnienia tego dokumentu przez Przystępującego, co również mocą faktów dokonanych, wobec braku zagrożenia obejścia w

33

Sygn. akt KIO 339/12

ten sposób zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 pzp, należy uznać za dokonanie poprawienia treści tej oferty w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp.

Natomiast Izba uznała zasadność zarzutu odwołania w zakresie dotyczącym

niekompletności oferty Przystępującego w zakresie oferowanego świadczenia w postaci karty aptecznej. Rzeczywiście, choć w § 2 ust. 1 pkt 1 *in fine* wskazano, że *zasady jej funkcjonowania opisane są w Regulaminie Karty aptecznej, stanowiącym załącznik do niniejszych ogólnych warunków ubezpieczenia*, to nie został on złożony wraz z ofertą. Wbrew stanowisku Zamawiającego na rozprawie (w pisemnej odpowiedzi na odwołanie w ogóle nie odniesiono się do tego zarzutu), pozostającym w swoistej zbieżności z odwołaniem, iż niezłożone warunki nie wiążą, oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może budzić żadnych wątpliwości co do swej treści. Tymczasem Przystępujący zaoferował realizację świadczenia aptecznego na określonych warunkach, które w ewidentny sposób są niekompletne, gdyż w żadnym miejscu oferty nie zaznaczono, że stanowiący integralną część przedłożonych OWU przestał obowiązywać lub wyłączono jego zastosowanie na potrzeby składanej oferty. W zestawieniu ze skrupulatnością wyjaśniania wątpliwości, czy Przystępujący zaoferował świadczenie apteczne w podstawowej postaci, a także egzekwowania uzyskania od niego podpisanego opisu przedmiotu zamówienia, przejście przez Zamawiającego do porządku nad niekompletnością złożonych jest O tym jak bardzo warunków niekonsekwentne. nieuzasadnione świadczy z kolei przebieg rozprawy, na której Przystępujący przyznał, że niezłączenie tego regulaminu nastąpiło omyłkowo, a nie wskutek świadomej decyzji. Zamawiający ma zatem obowiązek wyjaśnienia tej kwestii w trybie art. 87 ust. 1 pzp, a także rozważenia możliwości zastosowania w tym zakresie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zdaniem Izby w okolicznościach niniejszej sprawy należy dopuścić możliwość ewentualnego poprawienia tej oferty przez jej uzupełnienie o treść stosownego regulaminu funkcjonowania karty aptecznej. Przede wszystkim istotne jest, że chodzi tu o zapewnienie zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. rozumianej jako złożenie oferty zawierającej kompletny zestaw regulacji ryzyk objętych ubezpieczeniem, gdyż jak wynika z powyżej przytoczonych postanowień OPZ, Zamawiający nie postawił, poza ogólnym zdefiniowaniem i podaniem wartości, żadnych szczególnych wymagań odnośnie świadczenia aptecznego. Po drugie, jak to wynika z dopuszczonego przez Izbę z urzędu dowodu, Przystępujący udostępnia na swojej stronie taki regulamin. Choć jest on załączony do OWU o kodzie APG32 w wersji nowszej, niż przedstawiona w ofercie, to weszła ona w życie z dniem 1 stycznia 2012 r., a zatem przed terminem składania ofert. Uwidocznienie w postanowieniach końcowych OWU kolejnych uchwał Zarządu PZU na Życie S.A. zatwierdzających je i zmieniających ich treść niweluje możliwość manipulacji ze strony Przystępującego treścią regulaminu, a tym samym ryzyko naruszenia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 pzp. Jeżeli OWU były z góry ustalone i są

34

Sygn. akt KIO 339/12

udostępniane przez ubezpieczyciela, a ich zasadnicza część została przedstawiona w ofercie, istnieje znikome niebezpieczeństwo zmiany treści oferty z naruszeniem art. 87 ust. 1 pzp. Wobec twierdzeń Odwołującego, że zmiany wprowadzone uchwałą Zarządu Przystępującego z 22 grudnia 2011 r. wiążą się z wejściem w życie 1 stycznia 2012 r. zmian w Prawie farmaceutycznym, co legło u podstaw rezygnacji przez Zamawiającego z wymogu wpisania sieci aptek, w której będzie realizowane świadczenie apteczne, nie można z góry wykluczyć uzupełnienia o regulamin w wersji powyżej opisanej.

III. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 pzp przez spóźnione odtajnienie oferty Przystępującego – Izba uznała za zasadny, choć bez wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający w złożonej na rozprawie pisemnej odpowiedzi na odwołanie nie odniósł się do tego zarzutu, natomiast ustnie oświadczył, iż ponieważ ustawa pzp nie przewiduje czynności odtajnienia oferty, Odwołujący od otwarcia ofert mógł wnosić o wgląd do oferty Przystępującego, która zostałaby mu przez Zamawiającego udostępniona. Wobec złożenia takiego wniosku dopiero następnego dnia po rozstrzygnięciu postępowania Zamawiający postąpił prawidłowo wpierw zwracając się do Przystępującego o wyjaśnienia, a następnie po ich uzyskaniu niezwłocznie udostępniając je 14 lutego 2012 r. Odwołującemu.

Stanowisko Zamawiającego jest nie do zaakceptowania, a nadto w oczywisty sposób rozmiąga się z okolicznościami faktycznymi. Izba ustaliła bowiem na podstawie dokumentacji postępowania, że Odwołujący już 1 lutego 2012 r. złożył *Wniosek o udostępnienie złożonych ofert*, na co w odpowiedzi Zamawiający przesłał drogą elektroniczną skan oferty PZU z wyjątkiem stron 11-82, wskazując, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający

wcale nie podjął na skutek tego wniosku żadnych działań związanych z badaniem zasadności objęcia przez Przystępującego znaczącej części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa. Dopiero na skutek kolejnego wniosku z 8 lutego 2012 r. o ujawnienie pozostałej części oferty Przystępującego, bardzo szczegółowo umotywowanego, Zamawiający zwrócił się, i to dopiero 13 lutego 2012 r., do Przystępującego o wyjaśnienia na jakiej podstawie, że informacje zawarte w dokumentach na stronach od 11 do 82 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozum art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał listę dokumentów, w większości pokrywającą się z domniemaniami Odwołującego: wykaz wykonanych usług, referencje, zezwolenie na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej, KRS, zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek, sprawozdanie finansowe za rok 2010 wraz z opinią biegłego rewidenta i raportem badania, pełnomocnictwo, zaświadczenie o numerze identyfikacyjnym REGON, zaświadczenie o numerze identyfikacji podatkowej, a także dopisał następującą uwagę: *Zastrzeżenie informacji ww. dokumentach*

35

Sygn. akt KIO 339/12

uniemożliwia sprawdzenie innym uczestnikom postępowania, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Dopiero po przesłanych przez PZU wyjaśnieniach, *nota bene* wskazujących, że zastrzeżenie powyżej opisanych stron oferty jest wynikiem omyłki pisarskiej, Zamawiający umożliwił wgląd w nie Odwołującemu.

Zważając na złożony w toku badania ofert wniosek, oczywistą na pierwszy rzut oka bezzasadność dokonanego zastrzeżenia w znaczącym zakresie (w szczególności w stosunku do dokumentów urzędowych na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu z postępowania), reakcji dopiero na wniosek zawierający szczegółowe odniesienie do okoliczności faktycznych i prawnych, opieszałość w działaniu nawet po jego otrzymaniu – naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 pzp ma charakter ewidentny. W szczególności skoro Zamawiający najpóźniej 7 lutego 2012 r. zakończył badanie i ocenę ofert, to najpóźniej w tym terminie miał również obowiązek zakończyć badanie prawidłowości zastrzeżenia przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa. Udostępnienie części oferty Przystępującego dopiero 14 lutego 2012 r., pomimo wniosku Odwołującego z 8 lutego 2012 r., dowodzi, że na skutek niedochowania tego obowiązku, Zamawiający już po rozstrzygnięciu podaniu postępowania prowadził w tym zakresie badanie oferty Przystępującego.

Gdyby nie to, że Odwołujący nie był w stanie wywieść z udostępnionych mu z naruszeniem art. 8 ust. 3 pzp dokumentów oferty Przystępującego żadnych nowych zarzutów, już potwierdzenie tego zarzutu mogłoby stać się podstawą do uwzględnienia odwołania, jako mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

IV. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 pzp – Izba uznała za zasadne.

Po pierwsze – Odwołujący wskazał na brak wezwania go, analogicznie jak Przystępującego, do złożenia opisu przedmiotu zamówienia uwzględniającego zmiany treści s.i.w.z. Izba zważyła, że skoro Zamawiający od początku błędnie powoływał się art. 26 ust. 3 pzp, a Odwołującemu umożliwił w tym zakresie poprawienie treści oferty, co w stosunku do obydwu wykonawców powinno nastąpić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp – zarzut nierównego traktowania Wykonawców znalazł potwierdzenie.

Po drugie – w odwołaniu podniesiono umożliwienie Przystępującemu doprecyzowanie oferty w zakresie świadczenia aptecznego, a zaniechanie skorygowania oferty Odwołującego w zakresie wynikającym z niedokonania wymaganych zaokrągleń. Również w tym przypadku, wobec od początku błędnego założenia Zamawiającego, że tylko pierwsza czynność jest możliwa i to na podstawie art. 26 ust. 4 pzp, podczas gdy w stosunku do obydwu wykonawców należało zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, z możliwością uprzedniego skorzystania z wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp – zarzut

36

Sygn. akt KIO 339/12

nierównego traktowania Wykonawców należy uznać za zasadny.

Po trzecie – przez utrudnienie Odwołującemu dostępu do oferty Przystępującego, która powinna być jawna, co jak słusznie zaznaczył Zamawiający w swoim piśmie z 13 lutego 2012 r., uniemożliwiało Odwołującemu zweryfikowanie prawidłowości oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego – doszło do naruszenia zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

V. Zarzut nieuzasadnionego uznania przez Zamawiającego, że referencje załączone do oferty Odwołującego nie potwierdzają warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia – Izba uznała za zasadny.

Odwołujący trafnie wywodzi za utrwalonym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej poglądem, że Zamawiający nie może domagać się odzwierciedlenia, aby to w referencjach znalazły odzwierciedlenie wszystkie elementy sformułowanego przez niego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Referencje są tylko rodzajem dokumentu, który jest żądany w celu potwierdzenia należytego wykonania dostaw lub usług wymienionych i opisanych w wykazie. Należy zwrócić uwagę, że o ile wykaz ten jest sporządzany przez wykonawcę na potrzeby konkretnego postępowania, o tyle dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień są wystawione przez podmioty trzecie, najczęściej zanim postępowanie zostanie wszczęte, a więc nie sposób wymagać by mogły szczegółowo potwierdzać każdy element warunku udziału w tym postępowaniu.

Izba nie przesądza w ten sposób wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia przez Odwołującego, jeżeli Zamawiający ma w tym zakresie uzasadnione wątpliwości, to ma prawo skorzystać z instytucji przewidzianych w przepisach art. 26 ust. 3 lub 4 pzp, choć nie z powodów, które wprost wyraził w pkt. 3 zawiadomienia o odrzuceniu oferty.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 i 3, miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 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

37

Sygn. akt KIO 339/12

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), ograniczając jego wysokość do kwoty 3600 zł – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

38