Sygn. akt: KIO 600/16

WYROK
z dnia 4 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 maja 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 kwietnia 2016 r.** przez wykonawcę **IBD Business School Sp. z o.o., ul. Panieńska 9, 04-704 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Instytut Dziedzictwa, ul Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 kwietnia 2016 r. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
2. kosztami postępowania obciąża **Narodowy Instytut Dziedzictwa, ul Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **IBD Business School Sp. z o.o., ul. Panieńska 9, 04-704 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Narodowego Instytutu Dziedzictwa, ul Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa** na rzecz **IBD Business School Sp. z o.o., ul. Panieńska 9, 04-704 Warszawa** kwotę w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 600/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Usługę szkoleniową na potrzeby Narodowego Instytutu Dziedzictwa",* zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 44142 - 2016, data zamieszczenia 29.02.2016 r., przez Narodowy Instytut Dziedzictwa, ul Kopernika 36/40, 00-924 Warszawa zwany dalej: *„Zamawiającym".*

W dniu 14.04.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej MindLab Sp. z o.o., ul. Limanowskiego 31/15, 30-557 Kraków zwanej dalej: *„MindLab Sp. z o.o.".* Oferta złożona przez IBD Business School Sp. z o.o., ul. Panieńska 9, 04-704 Warszawa zwana dalej: *„IBD Business School Sp. z o.o."* albo

„Odwołującym” została odrzucona na postawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej: *„Pzp”.*

W dniu 19.04.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) IBD Business School Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynność z 14.04.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 19.04.2016 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 89. ust. 1 Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie, oferty Odwołującego skutkujące wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu,
2. art. 7 Pzp poprzez przeprowadzenie wadliwej procedury badania i oceny ofert oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców,
3. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez niewezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów kosztorysu ofertowego pozycja 1, 2, 3, tj. cen za poszczególne etapy,
w przypadku nie uwzględnienia zarzutu 3, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:
4. art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie! i nie przyjęcie, że brak uzupełnienia pozycji nr 1, 2, 3 przy jednoczesnej całościowej wiedzy o przedmiocie zamówienia jest oczywistą omyłką rachunkową oraz inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian treści oferty. W rezultacie, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 14.04.2016 r. wraz z unieważnieniem odrzucenia oferty Odwołującego,
2. powtórzenie czynności obejmującej badanie i ocenę ofert,
3. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a także

4. zwrotu kosztów poniesionych przez Odwołującego w związku z wniesieniem niniejszego odwołania, w tym kosztów zastępstwa przed KIO

Zamawiający w dniu 05.04.2016 r. drogą mailową po raz pierwszy poinformował wykonawców, którzy złożyli ofertę w przedmiotowym postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. Pełnomocnik poinformował jednocześnie Odwołującego, iż jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający wskazał zastosowanie § 12 ust 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ”,* który zawiera zapis, że: *„Wykonawca określi wszystkie ceny na poszczególne elementy zamówienia zgodnie z tabelą zawartą w załączniku nr 6 do SIWZ, wypełniając odpowiednio wszystkie pola, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku".* Wykonawca nie przedstawił w tabeli zawartej w formularzu ofertowym ceny w pozycjach nr 1, 2 i 3, tj. cen za poszczególne etapy. Jednocześnie Pełnomocnik, w ocenie Wykonawcy bezzasadnie podniósł, że braku tego nie można poprawić w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, gdyż omyłka ta nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej.

Odwołujący na mocy art. 181 ust 1 Pzp w dniu 06.04.2016 r. poinformował Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego oraz zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie Pzp. W efekcie Zamawiający w piśmie z 07.04.2016 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty przyznając, że podjęte przez niego czynności są obarczone wadą oraz że Zamawiający popełnił błąd wybierając najkorzystniejszą ofertę firmy MindLab Sp. z o.o., czego skutkiem jest ponowna potrzeba analizy złożonych w postępowaniu ofert przetargowych.

Zamawiający w piśmie z 14.04.2016 r. mimo wcześniejszego przyznania się do wyboru najkorzystniejszej oferty obarczonego wadą, ponownie wybrał firmę MindLab Sp. z o.o. jako najkorzystniejszą. Jednocześnie powtórnie wskazał, iż oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W ocenie Odwołującego jest to błędne uzasadnienie, niestanowiące podstawy do wykluczenia w myśl art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Odwołujący w kalkulacji przedłożył całościowa kwotę za realizacje przedmiotowej usługi oraz wycenił jej poszczególne elementy składowe. Jednocześnie Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia wskazał konkretne działania składające sie na przedmiot zamówienia - szacując dokładna liczbę szkoleń czy zakres realizacji.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający, posiada dokładna wiedze o sposobie dokonania przez Odwołującego kalkulacji kwoty stanowiącej wartość oferty, jednak w jakich

transzach dokonywana będzie płatność za poszczególne elementy wynikać będzie dopiero w momencie stworzenia przez Wykonawcę i Zamawiającego harmonogramu usługi (po

podpisaniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego). Dlatego na etapie składania ofert szacowanie kosztów etapu II oraz etapu III może być tylko dowolną symulacją - gdyż Zamawiający zastrzegł w umowie stworzenie harmonogramu po jej podpisaniu, a tylko właściwy harmonogram wyznacza finalne wartość etapu II i etanu III. W przypadku zaś etanu I Zamawiający również posiada wszelkie dane niezbędne do określenia wysokości wynagrodzenia Odwołującego. W efekcie Wykonawca błędnie odczytał puste miejsca, jako punkty oddzielające poszczególne etapy. Należy jednak zaznaczyć, iż zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia znana jest Stronom dokładna liczba dni szkoleniowych oraz wartość za każde działanie, a brak w kosztorysie powinno zostać zakwalifikowane lako omyłka rachunkowa lub inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp.

Odwołujący podniósł, że przesłanki prawidłowego złożenia oferty zostały spełnione, a brak uzupełnionych pozycji 1, 2, 3 powinien zostać zakwalifikowany jako oczywista omyłka Pisarska, rachunkowa oraz inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Potwierdza to wyrok KIO z 10.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 265/08, który podkreśla, iż: *„oczywistą omyłką jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawia porównania dokumentów stanowiących treść ofert",* a niewątpliwie w tym przypadku mamy właśnie taką sytuację. KIO wielokrotnie w swoich orzeczeniach podkreślała, że oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach, ale przebieg działania matematycznego może być prześledzony (w tym wypadku Zamawiający posiada wiedzę o wszystkich jednostkowych kosztach oraz precyzyjnie określił przedmiot zamówienia). W przypadku nieuzupełnienia przez Wykonawcę pozycji 1, 2, 3 możemy również mówić o innej omyłce polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Celem wprowadzenia zapisu o innej omyłce było umożliwienie poprawienia błędów przez Wykonawcę, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. W przypadku złożonego przez Wykonawcę formularza zachodzą obie przesłanki pozwalające na zakwalifikowanie braków jako niezauważonej niezgodności, a nie celowego działania wykonawcy oraz faktu, że brak ten (z uwagi na znane dokładne założenia projektu, wartość jednostkową poszczególnych działań oraz kwotę brutto całości realizacji usługi) nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Należy wiec również zgodnie z wyrokiem KIO z 11.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1833/09 przyjąć, że: *„uzupełnienie brakującej pozycji poprzez jej dopisanie jest możliwe wtedy, gdy na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji".*

Jak słusznie podnosi się w orzecznictwie (wyrok KIO z 13.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 992/09), biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania

i prawidłowej oceny ofert, wyjaśnienie jej treści poprzez zastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp można uznać jako obowiązek Zamawiającego. Należy również odnieść się do wyroku KIO z 25.03.2011 r., sygn. akt. KIO/510/11 wskazującego, że: *„art. 87 ust 1 ustawy Pzp należy odczytywać nie tylko jako uprawnienie Zamawiającego zależne od jego uznania, co raczej kompetencją tj. prawo do* żądania *wyjaśnień powiązanych z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert. Tym samym możliwość , o której mówi art. 87 ust 1 ustawy Pzp przeradza się wręcz w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziały wykonawcy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 992/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1519/09, KIO/UZP 1520/09)".* Skoro więc Zamawiający miał wątpliwości dotyczące treści złożonej przez Odwołującego oferty, winien te wątpliwości przed odrzuceniem oferty wyjaśnić. Tym samym w ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechawszy wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień naruszył także art. 87 ust. 1 Pzp,

Istotne jest również, że do porównania ofert złożonych w przedmiotowym

postępowaniu służyć miała jedynie kwota brutto za wykonanie całości zamówienia, a nie części poszczególnych (hipotetycznych bez konkretnego harmonogramu) etapów. Potwierdza to również zapis § 12 pkt 3 definiujący sposób obliczana ceny do oferty, z którego jednoznacznie wynika, iż kalkulacja poszczególnych etanów będzie wynikać z harmonogramu ustalonego miedzy Wykonawca a Zamawiającym po podpisaniu umowy o udzieleniu zamówienia: *„Rozliczenie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą nastąpi w trzech transzach na podstawie faktycznie wykonanej pracy w kolejnych etapach zamówienia, na podstawie cen jednostkowych brutto wskazanych w ofercie Wykonawcy. Rozliczenie nastąpi w trzech transzach (Każdorazowo podstawą do realizacji faktury/rachunku wystawionego przez Wykonawcę jest zatwierdzony i podpisany przez Zamawiającego protokół odbioru prac za poszczególne etapy zamówienia):*
1. Pierwsza transza- za pierwszy etap, który trwa 30 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy, za opracowanie harmonogramu realizacji programu stałych szkoleń *oraz opracowanie i wydruk materiałów szkoleniowych na potrzeby szkolenia podstawowego w obu zakresach merytorycznych*
2. Druga transza- za drugi etap, który trwa od trzydziestego dnia od chwili podpisania umowy lub od zakończenia pierwszego etapu do 15 lipca 2016r, za realizacje części szkoleń, zgodnie z przyjętym harmonogramem, *oraz opracowanie i wydruk materiałów szkoleniowych na potrzeby szkolenia zaawansowanego w obu zakresach merytorycznych*
3. Trzecia transza - za trzeci etap, który trwa od 15 lipca 2016r lub od zakończenia drugiego etapu do 15 grudnia 2016r, za realizacje pozostałych szkoleń *oraz uzgodnioną*

---

z Zamawiającym korektą i wydruk wszystkich wcześniej opracowanych materiałów szkoleniowych.".

Zauważył, że Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia w zakresie wydłużenia terminu związania ofertą, utrudniając Odwołującemu udział w postępowaniu. Odwołujący jako jedyny dokonał wniesienia wadium w postaci gwarancji bankowej. Zamawiający zwrócił się mailowo o wydłużenie terminu związania ofertą z 07.04.2016 r. (e-mail został dostarczony do Odwołującego o godz. 18:09 - zaznaczając, ze termin związania upływa 08.04.2016 r.). Oznaczało to dla Odwołującego komplikacje wynikający ze zmiany formy wniesienia wadium z gwarancji bankowej na formę pieniężną oraz utrudnienie mu dalszego, udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp w terminie co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą należy zwrócić się do Wykonawcy o wydłużenie terminu związania ofertą. Oczywiście zasadne jest tu stwierdzenie, ze to na wykonawcy ciąży obowiązek dochowania należytej staranności, jednak zgodnie z wyrokiem SO w Lublinie z 17.01.2013 r., sygn. akt: IX Ga 392/13: *„brak działania organizatora postępowania w takiej sytuacji jest uznawany za zaniechanie prowadzące do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców".*

Odwołujący pragnie jednocześnie podnieść, że Zamawiającego powinien odrzucić ofertę złożona przez firmę MindLab Sp. z o.o. z uwagi na nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp. Zamawiający w § 6 pkt 1.2 SIWZ wskazuje jakie warunki musi spełniać Wykonawca ubiegający się o realizację zamówienia. Zamawiający na spełnienie warunku udziału w postępowaniu wymagał posiadania wiedzy i doświadczenia w postaci *„w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie- wykonania należycie , a w przypadku* świadczeń *okresowych lub ciągłych części wykonania obejmujących, co najmniej dwie usługi polegające na przeprowadzeniu szkoleń zamkniętych (in-company) w obszarze kompetencji miękkich lub z zakresu ochrony zabytków i procedury administracyjnej, w sumie składające się z co najmniej 100 dni szkoleniowych, o wartości co najmniej 50 000 zł brutto każda".* Jednocześnie Zamawiający zgodnie z § 6 pkt. 6.4 wymagał załączenia dowodów potwierdzających czy wskazane przez Wykonawców usługi zostały wykonane lub są wykonane należycie. Zamawiający wskazał, iż dowodami o których mowa powyżej są:

• poświadczenia, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
• oświadczenia wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt wyżej. Firma MindLab Sp. z o.o. w wykazie wykonanych zamówień wymieniła 3 usługi w jej ocenie

spełniające warunki udziału w postępowaniu (z opisu zamówienia nie wynika bowiem jednoznacznie, że przedstawione usługi spełniają warunki udziału w postępowaniu - jednak zakładamy, iż na etapie oceny ofert Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o przedłożenie, wyjaśnień w tym zakresie), jednakże istotniejsze jest iż jedynie w przypadku usługi realizowanej dla firmy Etisoft Sp. z o.o. przedłożyła stosowne poświadczenie. W przypadku usługi realizowanej dla ArcelorMittal Poland S.A oraz Ikea Industry Poland Sp. z o.o. oddział Fabryki WEST w Zbąszynku przedstawiła wyłącznie oświadczenia z kontaktem telefonicznym. Przypomniał, że przesłanką wykonawcy na zastąpienie referencji oświadczeniem własnym jest wyłącznie zaistnienie uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze. Zgodnie z linią orzecznictwa KIO (wyrok z 04.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1193/13, potwierdzone w wyroku KIO z 18.07.2014 r., sygn. akt. KIO 1390/14) taką okolicznością jest fakt likwidacji i w efekcie wykreślenie z właściwego rejestru handlowego podmiotu, na rzecz którego wykonawca zrealizował wskazane w wykazie usługi. Ciężko jest bowiem wymagać od wykonawcy by mógł przedstawić dowody od podmiotu, który w świetle prawa już nie funkcjonuje. W tym przypadku zarówno ArcelorMittal Poland S.A oraz Ikea Industry Poland Sp. z o.o. oddział Fabryki WEST w Zbąszynku nie są w stanie likwidacji, w związku z powyższym nie ma zastosowanie niemożność przedłożenia referencji z uwagi na wystąpienie uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze. F IRMA M IND L AB Sp. z o.o. nie może zastąpić referencji oświadczeniem jeżeli istnieje możliwość ich uzyskania. W konsekwencji oznacza to, że oferta firmy MindLab Sp. z o.o. nie spełniła warunków udziału w postępowaniu poprzez nieprzedłożenie dowodów potwierdzających należyte wykonanie przez nią usług - dlatego powinna zostać wykluczona z postępowania zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 19.04.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21.04.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) MindLab Sp. z o.o., zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu, ale nie Odwołującemu. Izba uznała zgłoszone przystąpienie za nieskuteczne – uzasadnienie w dalszej części orzeczenia.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z po oświadczeń, jak przedstawionymi poniżej dowodami, wysłuchaniu i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Należy zauważyć, że Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert - kryterium ceny stanowiło 90 % wagi, zaś terminu płatności 10 %, w obu wypadkach oferta Odwołującego była korzystniejsza. W konsekwencji, biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie zanegował powyższemu (Odwołujący w tym zakresie na rozprawie złożył stosowne oświadczenie – oparte na treści jego oferty oraz oferty MindLab Sp. z o.o.) na rozprawie należy uznać, za udowodnione.

Izba nie uznała skuteczności zgłoszonego przystąpienia – MindLab Sp. z o.o., albowiem Wykonawca nie przekazał kopi przystąpienia stronom postępowania, jak nakazuje art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez

Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, Opisu przedmiotu zamówienia (załącznika nr 7 do SIWZ), wzoru umowy (załącznika nr 8 do SIWZ), oferty Odwołującego – załącznika nr 6 do SIWZ „formularza ofertowego", analogicznie oferty MindLab Sp. z o.o., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 05.04.2016 r., pisma Odwołującego z 06.04.2016 r., informacji o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z 07.04.2016 r. wraz z informacją o upływającym terminie związania ofertą, pisma Odwołującego z 08.04.2016 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz ze zmiana formy wadium oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 14.04.2016 r.

Złożenie przez Odwołującego na rozprawie trzy wersje możliwej wyceny tabeli zawartej w formularzu ofertowym oraz harmonogram realizacji zamówienia do wersji 1 tabeli, Izba uznała za opracowanie własne Odwołującego, czyli przyjęła jako twierdzenia Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego złożoną na posiedzeniu, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie postanowienia SIWZ. Wskazując, że okazało się, iż de facto powyższe postanowienia SIWZ nie były przedmiotem sporu, a przedmiotem sporu była ocena zaistniałego stanu faktycznego związanego z czynnością odrzucenia oferty Odwołującego w świetle obowiązującego prawa i postanowień SIWZ. Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp, art. 87 ust.1 Pzp, czy też art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, Izba uwzględniła jedynie zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp – uzasadnienie poniżej.

Należy zauważyć, że w ocenie Izby, nie ma potrzeby poprawiania oferty Odwołującego, tj. tabeli w formularzu ofertowym (załącznik nr 6 do SIWZ), albowiem z postanowień SIWZ nie wynika jednoznaczna potrzeba wypełnienia przedmiotowej tabeli w zakresie pozycji - odnoszącej się za I, II i III etap (poz. 1, 2 i 3 tabeli). W tym zakresie mamy do czynienia z sprzecznościami w samej tabeli, które w konsekwencji winny być rozpatrzone na korzyść, w tym wypadku Odwołującego. Jeżeli bowiem w § 12 pkt 2 SIWZ istotnie stwierdza się, że: *„Wykonawca określi wszystkie ceny na poszczególne elementy zamówienia zgodnie z tabelą zawartą w załączniku nr 6 do SIWZ, wypełniając odpowiednio wszystkie pola (…)",* to w samej tabeli – owe określenie wszystkich cen na poszczególne elementy – zgodnie z tabelą – poprzez „odpowiednie" ich „wszystkich" wypełnienie jest problematyczne w zakresie poz. 1, 2 i 3. W samej bowiem tabeli mamy bowiem do czynienia z cenami jednostkowymi brutto (stosowna kolumna) za poszczególne szkolenia i pozostałe wskazane elementy objęte przedmiotem zamówienia. Izba podkreśla, że, tam gdzie, w tabeli jak stwierdził Zamawiający na rozprawie oraz odpowiedzi na odwołaniu, oczekiwał podania cena za całość za etap I, II i III, brak jest stosownej kolumny, czy też pola na to wskazującego – jest bowiem tylko kolumna nazwana „cena jednostkowa brutto". Z kolei poz. 1, 2 i 3 w swojej nazwie zawiera sformowanie: I etap (całość), II etap (całość) oraz III etap

(całość). Izba podkreśla, że brakuje w tym miejscu np. sformułowania - wycenić całość, które rozwiałoby ewentualnie wątpliwości w tym zakresie. Izba podkreśla, że § 12 pkt 2 SIWZ odsyła do samej tabeli, wiec powyższe ustalenia mają swoje podłoże w istniejących postanowieniach SIWZ. W rezultacie, Odwołujący miał prawo uznać, że de facto należało jedynie podać ceny jednostkowe za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia przewidziane dla danego etapu, zaś pozycje odnoszące się do samych etapów (poz. 1, 2

i 3), stanowią jedynie - rubryki mające charakter oddzielający etapy i nie podlegają wypełnieniu, tym bardziej że do oceny ofert należało podać cenę globalną za całość zamówienia (§ 12 pkt 1 SIWZ), która była podstawą oceny w ramach kryterium ceny (waga 90 %) /§ 13 pkt 1 SIWZ/.

W rezultacie z uwagi na wieloznaczność postanowień SIWZ, niejasności przywołane powyżej nie mogą działać na niekorzyść Wykonawców, w tym wypadku Odwołującego. Powyższa zasada stanowi ugruntowane stanowisko wynikające z orzecznictwa oraz doktryny - Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty (Bazan Aneta, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 89, Opublikowano: LEX 2015). S. Babiarz: *„Należy mieć na względzie to, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ jest niewątpliwa. Mówiąc inaczej, nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której w rzeczywistości nie ma. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów Prawa zamówień publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, gdyż koresponduje to z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania* środków *publicznych."* (Babiarz Stefan, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, Opublikowano: LexisNexis 2013, komentarz do art. 89 p.z.p.).

Nadto, Izba, stoi na stanowisku, że nie ma konieczności poprawiania czegokolwiek, albowiem ceny jednostkowe są wiążące przez cały okres realizacji zamówienia (§ 12 pkt 3 i 5 SIWZ, czy też § 8 ust.1 wzoru umowy). Zaś określony rodzaj szkoleń na danym etapie – Zamawiający ma zagwarantowany w ramach przedmiotowej tabeli, a ich liczba tak, czy inaczej będzie wynikała z harmonogramu, który nota bene był przedmiotem także wyceny w ramach etapu I (poz. 1.1), czyli miał zostać dostarczony w ramach I etapu trwającego 30 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy (pkt 2. 6 oraz pkt 3 a), b) OPZ – załącznik nr 7 do SIWZ oraz § 1 ust.1 a) wzoru umowy). Przy czym, podstawą rozliczenia jest faktyczna ich liczba zrealizowana w toku wykonania pracy w kolejnych etapach zamówienia (§ 12 pkt 3 SIWZ oraz § 1 ust. 2 oraz § 8 ust. 2 i 5 wzoru umowy). Podana, zaś cena brutto (i wszystkie

---

jej składniki stanowią podstawę wzajemnych rozliczeń Wykonawcy z Zamawiającym (§ 12 pkt 4 SIWZ. Wykonawcy nie przysługuje uprawnienie do zadania wynagrodzenia lub odszkodowania za niezamówione usługi, które wyczerpywałoby kwotę globalną (§ 8 ust. 2 zd. 2 wzoru umowy).

W konsekwencji, powyższego nie ma potrzeby zastosowania art. 87 ust.2 pkt 2 i 3 Pzp, zaś wezwanie do wyjaśnień w tym stanie faktycznym wydaje się niecelowe, choć Izba podziela stanowisko wynikające z orzecznictwa przywołanego przez Odwołującego w odwołaniu, co do art. 87 ust.1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut „rażącego naruszenia w zakresie wydłużenia terminu związania oferta". W tym zakresie, Izba jedynie na marginesie wskazuje, że niniejszy zarzut i tak podlegałby oddaleniu, z uwagi na art. 192 ust.2 Pzp, albowiem Odwołujący dokonał skutecznego przedłużenia terminu składnia ofert oraz zmienił formę wadium – składając w wymaganym terminie nowe wadium, zapewniając w obu wypadkach ciągłość (pisma Odwołującego z 08.04.2016 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz ze zmiana formy wadium). Zasadnie bowiem, Zamawiający podnosił, że biorąc pod uwagę art. 180 ust. 2 Pzp, zakwestionowana czynność nie mieści się w katalogu czynności wskazanych w tym przepisie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust.1 Pzp, Izba pozostawiła bez rozpoznania, z uwagi na to, że dotyczy de facto oferty uznanej czynnością z 14.04.2016 r. za najkorzystniejszą, który w obowiązującym stanie prawnym nie może być rozpatrzony z uwagi na zakres zaskarżenia w postępowaniach podprogowych wynikający z art. 180 ust. 2 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji wobec naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp doszło także do naruszeniu - art. 7 Pzp przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

12

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

……

13