Sygn. akt: KIO 1093/17

WYROK
z dnia 12 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 czerwca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2017 r. przez **ALNUS sp. z o.o., ul. Wróblowicka 63, 30-698 Kraków** w postępowaniu prowadzonym **Instytut Pamięci Narodowej – Komisja** Ścigania **Zbrodni Przeciwko Narodowi Polskiemu, ul. Wołoska 7, 02-675 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **ALNUS sp. z o.o. ul. Wróblowicka 63, 30-698 Kraków** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **ALNUS sp. z o.o. ul. Wróblowicka 63, 30-698 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący: ……...……..…

Uzasadnienie

Zamawiający - Instytut Pamięci Narodowej Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia w celu zawarcia umowy ramowej na Usługę naświetlania, druku i oprawy publikacji IPN wraz z dostarczeniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowanie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2017/S 044-0807-04.
W dniu 29 maja 2017r. Odwołujący - Alnus Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 19 maja 2017r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie wobec Odwołującego i odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie,
2. art. 7 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty,

co łącznie skutkowało zaniechaniem wyboru Odwołującego jako jednego z wykonawców, z którymi Zamawiający zawrze umowę ramową.
W konsekwencji Odwołujący wniósł o

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru wykonawców, z którymi Zamawiający zawrze umowę ramową w postępowaniu,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym oceny oferty Odwołującego,
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako Wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę ramową w postępowaniu,
4. przeprowadzenie wskazanych w odwołaniu dowodów,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów reprezentacji przez pełnomocnika w postępowaniu przed KIO.

Odwołujący, wykazując interes w złożeniu odwołania, który wyraża się w tym, że na skutek

błędu Zamawiającego został on pozbawiony możliwości zawarcia umowy ramowej i w konsekwencji realizacji zleceń (postępowań cząstkowych) na rzecz Zamawiającego, podniósł, że złożył w postępowaniu ważną i prawidłową ofertę, która uplasowała się na 4 pozycji. Bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego doprowadziło do pozbawienia go możliwości realizacji umowy ramowej przez 24 miesiące.
Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego co do odrzucenia jego oferty i wskazał, że treść uzasadnienia odrzucenia oferty jest wadliwa, ponieważ zdaje się sugerować, że Odwołujący w ogóle nie uwzględnił pozycji 248 w swojej ofercie. Tymczasem pozycja ta jest wymieniona w zestawieniu, a jedynie jej wykonanie zostało zaoferowane w cenie 0,00zł. Nie

---

można utożsamiać pominięcia danej pozycji w kosztorysie z jej skalkulowaniem na takim poziomie, który nie satysfakcjonuje Zamawiającego. Czynność odrzucenia oferty i jej uzasadnienie w sposób zaprezentowany w niniejszej sprawie, mogłyby być rozważane jako właściwe środki jedyne w wypadku pominięcia w ogóle wyceny wariantu 248 (np. gdy w tabeli po wierszu 247 następowałby wiersz 249, ewentualnie pola w których w ofercie Wykonawcy wskazano 0,00 zł pozostawiłby on puste). Wówczas można by bowiem dopiero powziąć wątpliwości, czy Wykonawca uwzględnił przedmiot zamówienia w całości. Choć i ta sytuacja w orzecznictwie KIO traktowana jest jak właśnie wycena pewnych elementów zamówienia na 0,00 zł.
W ocenie Odwołującego, Zamawiający traci z pola widzenia okoliczność, iż postępowanie zostało przez niego ukształtowane w sposób swoisty, jego przedmiotem jest zawarcie umowy ramowej, z wieloma wykonawcami, którzy dopiero będą ubiegali się o udzielenie zamówień w ramach umów realizacyjnych. To bardzo istotna kwestia, ponieważ Zamawiający w piśmie z 25 maja 2017 roku zajął stanowisko, jakoby *„w przypadku, kiedy zajdzie konieczność udzielenia zamówienia w zakresie wariantu nr 248 niemożliwe byłoby zawarcie umowy z Wykonawcą, ponieważ jej wartość wyniosłaby 0,00 zł. Brutto.* Zdaniem Odwołującego, teza powyższa sformułowana została z całkowitym pominięciem realiów i okoliczności faktycznych. Odwołujący wskazał na następujące argumenty:
Po pierwsze: w postępowaniu, którego gospodarzem jest Zamawiający zawarcie umowy ramowej nie przesądza o zobowiązaniach nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawców. Po zawarciu umowy z 10 wykonawcami, w razie konieczności zlecenia usługi naświetlania, druku i oprawy publikacji IPN, Zamawiający przesyła wykonawcom zapytanie ofertowe, a wykonawcy (w liczbie 10) mogą złożyć ofertę wykonania usługi. Sam fakt złożenia oferty i zawarcia umowy ramowej nie rodzi po stronie wykonawców żadnego obowiązku związanego z realizacją usług. Żaden zapis SIWZ nie wskazuje na taki obowiązek po stronie wykonawców. Zamawiający nie oczekuje od wykonawców nawet gotowości realizacji usługi w odniesieniu do wszystkich pozycji. SIWZ w tym zakresie jedynie wskazuje, że wykonawcy nie mogą składać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego cząstkowego oferty mniej korzystnej niż oferta w Przedmiotowym Postępowaniu (pkt. lil.7). Wzór umowy (par. 1) zawiera natomiast ogólne zobowiązanie do brania udziałów w Postępowaniu, gdyż równocześnie w par. 6 Wzoru umowy, Zamawiający wprost przewidział, że niektórzy Wykonawcy nie będą brali udziału w niektórych postępowaniach cząstkowych i zastrzegł sobie prawo do odstąpienia od Umowy „w przypadku co najmniej trzykrotnego, następującego po sobie, nie złożenia oferty przez Wykonawcę w przez Zamawiającego do postępowaniach prowadzonych zmierzających udzielenia cząstkowych zamówień po wystosowaniu przez Zamawiającego zaproszenia do jej

---

złożenia”. Reasumując Zamawiający oczekuje od stron umowy ramowej ogólnej aktywności (składania ofert w odpowiedzi na zaproszenia), ale nie tego, aby brali oni udział w każdym postępowaniu cząstkowym, dopiero stała bierność (niezłożenie oferty w trzech kolejnych zaproszeniach) może rodzić jakiekolwiek sankcje. Należy tutaj zaznaczyć, że w §4 ust. 1 Wzoru umowy, Zamawiający zawarł postanowienie, że „po zawarciu umowy ramowej Zamawiający będzie zapraszał wszystkich wykonawców do składania ofert na wykonanie ww. usług w ramach zamówień cząstkowych". Takie sformułowanie - jak wskazywała KIO - oznacza, że udział w poszczególnych postępowaniach jest dobrowolny: *wyraz* "zapraszając", *który wskazuje na dowolność przyjęcia bądź zignorowania zaproszenia przez zapraszanego.*

Gdyby ustawodawca miał na myśli obowiązek podmiotu, do którego zwraca się zamawiający użyłby innego wyrażenia np. "wzywa" (wyrok z dnia 1 sierpnia 2013 r. sygn. KIO 1711/13; KIO pisze o ustawodawcy, z uwagi na ówczesne brzmienie art. 101 Ustawy pzp, jednak zaprezentowana wykładnia ma przełożenie na sformułowanie użyte przez Zamawiającego). Zauważyć należy również, że w tym samym orzeczeniu Izba wyraziła zasługujące na aprobatę stanowisko, że ze *względu na to, że składanie ofert jest dobrowolne nie można za brak złożenia oferty lub za złożenie oferty niezgodnej z poprzednią umową nakładać kary umownej.*

Po drugie: Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wskazuje explicite, że w pkt. III.7 SIWZ chodzi mu o jednostkowe ceny publikacji. Przeciwnie-odwołuje się do pojęcia oferty, a zatem równie dobrze można twierdzić, że chodzi o cenę oferty ogółem lub cenę oferty dla poszczególnych kategorii publikacji albo też - że chodzi o oferty cząstkowe. Nieprzypadkowo zapewne Zamawiający podzielił oczekiwane publikacje na kilka kategorii, tj.

- Oprawa twarda dla objętości max. 912 str.
- Oprawa twarda - publikacje albumowe dla objętości max. 912 str.
- Oprawa twarda - wydawnictwo encyklopedyczne dla objętości max. 912 str.
- Oprawa zintegrowana dla objętości max. 600 str.
- Oprawa miękka zakrywająca dla objętości max. 600 str.
- Oprawa zeszytowa dla objętości max. 80 str.
- Pakiet edukacyjny,
- Kalendarze,
- Inne dodatkowe czynności.

W świetle powyższego jasno widać, że Zamawiający operuje pojęciem ceny na różnych poziomach: tj. ceny ogółem, ceny zamówienia cząstkowego, ceny dla poszczególnych kategorii i cen jednostkowych w 310 pozycjach, jakie wskazane zostały w tabeli zawartej w ofercie.

Zdaniem Odwołującego, nie można zatem jednoznacznie stwierdzić, że sformułowanie „Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego cząstkowego nie może być mniej korzystna od oferty, złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej" *(SIWZ pkt. III.7)* należy interpretować w ten sposób, że żadna z pozycji wskazanych w formularzu nie może zostać zaoferowana po cenie wyższej niż cena z konkretnej pozycji z formularza.

Po trzecie: Oferty cząstkowe na ogół będą odbiegać od cen z tabeli umieszczonej na formularzu oferty nie tylko z uwagi na zmienność zamawianych przez Zamawiającego nakładów, ale także mając na uwadze konkurencję pomiędzy wykonawcami - stronami umów ramowych. Przedmiotowe postępowanie jest kolejnym, na podstawie którego została zawarta umowa ramowa. Doświadczenie Zamawiającego (jak również Odwołującego, który był wykonawcą - stroną umowy ramowej) jasno pokazuje, że ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji do druku, oferowane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego cząstkowego są inne niż ceny z oferty, będącej podstawą do zawarcia umowy ramowej. A zatem formularz oferty i zaoferowane w nim ceny jednostkowe mają tylko takie znaczenie, że pozwalają na ustalenie średniego poziomu cen stosowanych przez danego wykonawcę i dzięki sumarycznej pozycji „wartość brutto ogółem" - na porównanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest umowa ramowa.

Po czwarte: Żaden zapis SIWZ, ani umowy ramowej (której wzór został udostępniony jako załącznik nr 4 do SIWZ) nie obliguje Wykonawcy do oferowania wykonania każdego zamówienia cząstkowego. W par.1 wzoru umowy znajduje się jedynie ogólne zobowiązanie „do wzięcia udziału w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego", nie można go jednak interpretować jako zobowiązanie do uczestniczenia w każdym postępowaniu cząstkowym. Praktyka poprzednio obowiązującej umowy ramowej pokazuje, że wykonawcy nie składali ofert w każdym zapytaniu o zamówienie cząstkowe.

Po piąte: Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w praktyce Zamawiający nigdy nie prowadził postępowania o udzielenie zamówienia na jedną pozycję. Postępowania o udzielenie zamówienia cząstkowego były prowadzone dla kilkunastu/kilkudziesięciu książek, a Zamawiający wybierał ofertę wykonawcy, który oferował za wykonanie zamówienia najniższą cenę brutto ogółem (a nie cenę w danej pozycji). Zatem nie polega na prawdzie stanowisko Zamawiającego, iż to właśnie cena jednostkowa może być rozstrzygająca dla konkretnego

postępowania o udzielenie zamówienia cząstkowego.
Wreszcie: Nawet gdyby twierdzenie Zamawiającego miało być zgodne z rzeczywistością (czemu Odwołujący zaprzecza), nadal bezzasadne jest twierdzenie, iż w przedmiotowej sprawie może być mowa o niedopuszczalnym zaoferowaniu wykonania zamówienia/części zamówienia za 0,00zł.

5

Odnośnie dopuszczalności złożenia oferty zawierającej cenę jednostkową 0,00zł Odwołujący podniósł, że dorobek orzecznictwa i doktryny można odnosić w przedmiotowej sprawie tylko per analogiam, gdyż odnosi się on do sytuacji, w których złożenie oferty stanowiło stanowczą deklarację wykonania konkretnej umowy. Odwołujący wskazał, że stanowisko o dopuszczalności zaoferowania ceny jednostkowej na poziomie 0,00zł wyrażała Krajowa Izba Odwoławcza. Odwołujący przytoczył fragment wyroku z dnia 21 sierpnia 2013r (Sygn. KIO 1902/13 a powołał się na wyroki z dnia 7 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1515/14; z dnia 16 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 634/15 i KIO 639/15; z dnia 21 października 2014 r., sygn. akt KIO 2069/14; także wyrok z dnia 7 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2775/15, w którym Izba stwierdziła, że zawarcie w kosztorysie ofertowym informacji o stawce jednostkowej wyceny prac związanych z założeniem łąki na kwotę 0,00 zł nie uprawnia zamawiającego do wniosku, że prace te będą wykonane nieodpłatnie, gdyż nie zostały wycenione. Również Ustawa o cenach nie mogłaby być w przedmiotowej sprawie podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, na co wskazuje sama Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z 9 lipca 2014 r. KI0 1302/14): Podobnie w wyroku KIO 1302/14 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Nie sposób podzielić więc stanowiska, że określenie ceny jako „0,00 zł" stanowi naruszenie Ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług, do której definicji odsyła PZP. Odnosząc się do fragmentu orzeczenia Sądu Okręgowego w Gdańsku sygn. akt XII Ga206/08, które zostało przywołane w piśmie Zamawiającego z dnia 25 maja 2017r. Odwołujący wskazał, że w tamtej sprawie wykonawca w ogóle nie uzupełnił pozycji dotyczącej ceny jednostkowej. Z kolei w sprawie KIO 22/17, która także została powołana przez Zamawiającego zachodzi odmienna sytuacja niż w niniejszej sprawie, bowiem Zamawiający uznał wskazaną cenę 0,00 zł za rażąco niską. Odwołujący wskazał także na niespójność i zmienność argumentacji Zamawiającego, bowiem w zawiadomieniu o wyborze oferty wskazał, iż wykonawca w ogóle nie zaoferował wykonania usługi wskazanej w poz. 248. Na etapie ustosunkowania się do zarzutów Odwołującego Zamawiający w sposób nieuprawniony zmodyfikował swoje stanowisko, przyznając co prawda, że wariant 248 został zaoferowany tylko w sposób nieprawidłowy, gdyż cena jednostkowa usługi wyniosłaby 0,00zł. Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 25 maja 2017r. koryguje uzasadnienie swojej decyzji, powołując się na pojedyncze, wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Zdaniem Odwołującego najistotniejszym jest rozstrzygnięcie, co tak naprawdę jest treścią ofert wykonawców w postępowaniu, tj. do czego konkretnie wykonawcy się zobowiązują. W jego ocenie treścią tego zobowiązania jest wyłącznie zawarcie umowy ramowej i składanie - w miarę możliwości i z uwzględnieniem ogólnego zalecenia o braku udziału w postępowaniach cząstkowych - ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia cząstkowego.

6

W podsumowaniu Odwołujący wskazał, że skoro:
- w toku zamówień cząstkowych wykonawcy-strony umowy ramowej składają nowe oferty,
- oferty w toku zamówień cząstkowych mogą odbiegać od oferty w przedmiotowym postępowaniu właściwie w każdym zakresie, tj. oferowana może być tylko część wariantów, różny nakład, ceny mogą być różne,
- kryterium oceny ofert na etapie postępowań cząstkowych będzie cena brutto oferty stanowiąca sumę cen za wszystkie pozycje (warianty) wyspecyfikowane przez Zamawiającego,
- jedynym obostrzeniem, jakie Zamawiający stawia wykonawcom na tym etapie jest, aby oferta cząstkowa (nie poszczególne pozycje z oferty - oferta) nie była mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej,
to odrzucenie oferty Odwołującego z tego tylko Powodu, że zadeklarował gotowość druku jednego z ponad trzystu wariantów za 0,00 zł. jest całkowicie bezzasadne, gdyż pozycja ta

nie stanowiła ani ceny oferty, ani istotnej części ceny oferty, ani jakiejkolwiek ceny, za którą Odwołujący jest na obecnym etapie zobligowany wykonać zamówienie.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zawarcie na okres 24 miesięcy umowy ramowej na usługi naświetlania, druku i oprawy publikacji o tematyce historycznej wraz z dostarczeniem. Udzielanie zamówień na konkretne publikacje nastąpi na podstawie zamówień cząstkowych, w drodze odrębnych postępowań realizowanych na podstawie art. 101a ustawy Pzp w wyniku zawarcia umowy wykonawczej. Zamawiający podał w rozdz. III. 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że zawrze umowę ramową maksymalnie z dziesięcioma wykonawcami, którzy uzyskali największą liczbę punktów podczas oceny ofert. Zamówienia cząstkowe będą udzielane wykonawcom, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa. Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego cząstkowego nie może być mniej korzystna od oferty, złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. W rozdz. III pkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podał, że zawarcie umowy ramowej nie rodzi po stronie wykonawcy roszczenia o udzielenie zamówienia na usługi naświetlania, druku i oprawy publikacji o tematyce historycznej wraz z dostarczeniem publikacji, objętych umową ramową.

W dziale XV Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający wymagał od wykonawców wypełnienia wszystkich rubryk tabeli, podając dla każdej publikacji w tym wariancie:

1. cenę jednostkową brutto publikacji w danym wariancie przy minimalnym nakładzie i maksymalnej objętości,
2. wartość brutto ogółem za dany nakład

następnie na końcu tabeli należy zsumować wartość brutto za wszystkie publikacji z różnych wariantów.
Podana ogółem cena brutto służy jedynie do porównania ofert, które zostaną złożone w przedmiotowym postępowaniu, aby dokonać wyboru ofert najkorzystniejszych, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa.
Ceny podane przez wykonawcę za wykonanie zamówienia muszą obejmować wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia wraz z dostawą, transportem i wniesieniem na miejsce wskazane przez upoważnionego pracownika Zamawiającego do siedziby Zamawiającego oraz ubezpieczeniem na czas transportu.
Zamawiający przewidział, że przy wyborze ofert będzie kierował się następującymi kryteriami: cena -60%, okres na ujawnienie się wad w dostarczonej publikacji - 40%.
W §1 ust. 2 wzoru umowy ramowej, stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ, wykonawca zobowiązał się do wzięcia udziału (złożenia oferty) w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego zmierzających do udzielenia cząstkowych zamówień, na podstawie umów wykonawczych. W ust. 4 wskazano, że umowa ramowa nie rodzi po stronie wykonawcy roszczenia o udzielenie zamówienia publicznego na usługi naświetlania, druku, oprawy i dostarczenia publikacji objętych umową ramową. W § 4 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że oferta składana w ramach zamówienia cząstkowego nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej tzn. nie może zawierać wyższej ceny jednostkowej brutto publikacji w danym wariancie niż cena zaoferowana w ofercie złożonej w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej. W § 6 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że przysługuje mu prawo odstąpienia od umowy ramowej w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości w przypadku co najmniej trzykrotnego, następującego po sobie, niezłożenia oferty przez wykonawcę w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego zmierzających do udzielenia cząstkowych zamówień po wystosowaniu przez Zamawiającego zaproszenia do jej złożenia.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalnoprawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący, którego oferta została odrzucona legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania. Ponadto na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Niespornym jest, że w Formularzu Ofertowym Odwołującego w wariancie 248, min nakład 300egz., wykonawca podał „cena jednostkowa brutto publikacji w danym wariancie" - 0,00zł, „wartość brutto ogółem za dany nakład" – 0,00zł. Istota sporu sprowadza się do oceny czy w zaistniałych okolicznościach, mając na uwadze charakter postępowania o zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest zawarcie umowy ramowej na usługę naświetlania, druku i oprawy publikacji IPN wraz z ich dostarczeniem, dopuszczalnym jest zaoferowanie jednej z pozycji kosztorysowych (wariantu publikacji) za cenę 0,00zł.

Zgodnie z art. 2 pkt 9a ustawy Pzp pod pojęciem umowy ramowej, która jest przedmiotem tego postępowania, należy rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. Z przywołanej definicji umowy ramowej wynika, że celem zawarcia umowy ramowej jest ustalenie pomiędzy stronami tej umowy warunków dotyczących późniejszych zamówień wykonawczych, a jedynym z istotnych elementów tych ustaleń są właśnie ceny.
Zgodzić się należy z Odwołującym, że procedura zawarcia umowy ramowej uregulowana w art. 99-101b ustawy Pzp nie jest równoznaczna z udzieleniem zamówienia publicznego a sam fakt złożenia oferty i zawarcia umowy ramowej nie rodzi po stronie wykonawców żadnego obowiązku związanego z realizacją usług. Celem zawarcia umowy ramowej jest bowiem dokonanie wyboru kręgu potencjalnych wykonawców, mogących w czasie trwania umowy ramowej zrealizować konkretne zamówienia, zlecone przez zamawiającego w oznaczonym czasie za ceny nie wyższe niż określone w umowie ramowej. Zawarcie umowy ramowej stanowi jedynie jeden z etapów procesu udzielenia zamówienia publicznego. Zamawiający, zawierając umowę ramową deklaruje, iż ma zamiar w okresie na jaki umowa została zawarta udzielać zamówień wykonawczych, zaś wykonawcy deklarują, iż są zainteresowani składaniem ofert na ich realizację za ceny nie wyższe niż określone w ofercie składanej w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej.

Biorąc pod uwagę specyfikę postępowania, którego przedmiotem jest zawarcie umowy ramowej zmierzającego do wyłonienia dziesięciu wykonawców, którym będą zlecane zamówienia cząstkowe na konkretne dostawy, Izba doszła do przekonania, że nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której zaproponowana cena jakiejkolwiek pozycji kosztorysowej (wariantu publikacji, obejmującego naświetlanie, druk i oprawę dla max. objętości) wynosiłaby 0zł. Celem zawarcia umowy ramowej jest wyłonienie wykonawców, którzy będą, i tak w ograniczony sposób, konkurować między sobą, składając oferty na zamówienia wykonawcze. Przedmiotem poszczególnych zadań cząstkowych (zamówień wykonawczych) może być każda z 310 pozycji, ujęta w formularzu, w tym także pozycja 248. Wykonawcy - strony umowy ramowej - deklarują gotowość do realizacji pełnego zakresu zamówień, objętych umową ramową. Oczywiście samo zawarcie umowy ramowej nie obliguje wykonawcy do składania ofert na każde zamówienie wykonawcze, niemniej jednak wykonawca, składając ofertę na zawarcie umowy ramowej nie może *a prori* zakładać, że nie przystąpi do jakiegoś konkretnego zamówienia cząstkowego. Zaakceptowanie takiej sytuacji mogłoby doprowadzić do zachwiania lub wyeliminowania konkurencji w obszarach, w których wykonawcy założyli już na etapie umów ramowych, że nie będą składać ofert wykonawczych, co w konsekwencji skutkowałoby wypaczeniem sensu zawierania umów ramowych. Wskazać także należy, że w treści § 1 pkt 2 umowy ramowej zamawiający nałożył na wykonawców, podpisujących umowę zobowiązanie do wzięcia udziału (złożenia oferty) w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego zamierzających do udzielenia cząstkowych zamówień ze wskazaniem, że oferta składana przez wykonawcę nie

będzie mniej korzystna niż oferta złożona w ramach postępowania o udzielenie umowy ramowej. Z powyższego postanowienia oraz postanowienia § 6 ust. 1pkt 3 wzoru umowy, który przewiduje prawo Zamawiającego do odstąpienia od umowy ramowej z wykonawcą, który co najmniej trzykrotnie w sposób następujący po sobie nie złoży oferty w zamówieniach cząstkowych, wynika, że prawo do niezłożenia oferty na konkretne zamówienie wykonawcze należy traktować jako wyjątek od reguły określonej przez zamawiającego w § 1 pkt 2 i jest ono obwarowane sankcją w postaci możliwości odstąpienia od umowy.
Nie do zaakceptowania jest także sytuacja, w której wykonawca w przypadku zlecenia zamówienia cząstkowego, obejmującego wyłącznie poz. 248 wskaże cenę 0,00zł. Cena taka nie obejmuje kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia wraz z dostawą, transportem, wniesieniem na miejsce oraz ubezpieczeniem na czas transportu i nie jest ekwiwalentem za wykonane usługi.

10

Tak określona cena jest sprzeczna z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dziale XV pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie Zamawiający wymagał, aby ceny podane przez wykonawcę obejmowały wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia wraz dostawą i transportem. Literalne brzmienie tego postanowienia wskazuje, że należy je odnosić do każdej ceny jednostkowej (cen jednostkowych) a nie jak twierdzi Odwołujący do ceny oferty. Cena 0,00 zł, jaka została zaproponowana przez Odwołującego w poz. 248 nie obejmuje jakichkolwiek kosztów związanych z realizacją tego zakresu przedmiotu zamówienia.
W ocenie Izby argumentacja Odwołującego dotycząca innego rozumienia postanowienia rozdz. XV pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która uzasadniałaby prawidłowość przyjęcia ceny 0,00 zł jednej z pozycji kosztorysowych, jest argumentacją przywołaną wyłącznie na potrzeby zaistniałego sporu. Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego złożonych do protokołu rozprawy podanie ceny 0,00zł w poz. 248 było raczej wynikiem niezamierzonej omyłki (błędne zastosowanie formuły w programie Excel) a nie innego rozumienia postanowienia rozdz. XV pkt 3 siwz. Omyłka ta ma jednak charakter istotny i nie jest możliwa jest poprawa czy też wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1, jak żądał tego Odwołujący. Ewentualne wyjaśnienie tej omyłki doprowadziłoby do negocjacji z wykonawcą treści złożonej oferty i w konsekwencji do jej niedopuszczalnej modyfikacji po upływie terminu składania ofert.

11

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

……..

12