

WYROK
z dnia 21 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 marca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2014 r. przez **Odwołującego** – Konsorcjum: Geopolis Polska Sp. z o.o., MCX Telecom Sp. z o.o., ul. Kopernika 30, 00-336 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i poprawienie omyłki w ofercie Odwołującego w pozycji 6 i 6.1 formularza cenowego, w trybie przepisu art. 87 ust. 2 punkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Konsorcjum: Geopolis Polska Sp. z o.o., MCX Telecom Sp. z o.o., ul. Kopernika 30, 00-336 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz na rzecz **Odwołującego** – Konsorcjum: Geopolis Polska Sp. z o.o., MCX Telecom Sp. z o.o., ul. Kopernika 30, 00-336 Warszawa kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „System ewidencji i zarządzania drogami wojewódzkimi - województwa Kujawsko-Pomorskiego.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 grudnia 2013 r. pod numerem 2013/S 248-433180.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w treści oferty Odwołującego,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego),
- 3) art. 89 ust. 1 w związku z art. 92 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności badania i oceny ofert,
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania czynności poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, przeprowadzenia badania próbek, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że w jego ocenie, Zamawiający był zobowiązany, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, do poprawienia oferty w ten sposób, że w poz. 6 i 6.1 powinien wpisać (zgodnie z opisem tych pozycji w Formularzu cenowym Zamawiającego) po wyrazie „Przeprowadzenie” wyrazy „niezbędnego serwisu systemów informatycznych - gwarancyjnego i pogwarancyjnego oraz” - zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Odwołujący podniósł, że uchybienie w treści analizowanej oferty jest omyłką w treści oferty, podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący w tym aspekcie powołał się na orzecznictwo Izby, które przyjmuje szerokie rozumienie terminu „omyłka użytego” w ww. przepisie. Za omyłkę uważa się pominięcia w wypełnieniu czy

przedłożeniu wszystkich elementów oferty, a więc wszystkie nieprawidłowości oferty względem SIWZ (w tym również jej wewnętrzne sprzeczności), która z założenia ma być zgodna z treścią SIWZ i jednoznaczna. Dalej Odwołujący wskazał, że następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych. Ostatnią, wprost niewyrażoną, ale wyprowadzaną z treści pkt 3 ust. 2 art. 87 ustawy Pzp przesłanką poprawienia oferty jest wiedza zamawiającego, na którym obowiązek poprawiania ofert na mocy ww. przepisu spoczywa, w przedmiocie sposobu, w jaki daną ofertę poprawić (wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 2810/11).

W ocenie Odwołującego, wszystkie wymienione przesłanki zostały spełnione. Po pierwsze dlatego, że treść załącznika została określona przez Zamawiającego, a zatem ma wiedzę w przedmiocie sposobu, w jaki daną ofertę poprawić (wyrok z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 236/12).

Co do istotności zmiany, to jak wskazała KIO w wyroku z dnia 20 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 42/12: *„O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.”* W analizowanej sprawie zmiana nie jest istotna dlatego, że jak twierdzi Odwołujący, wobec treści pkt 1 oferty należy przyjąć, że Wykonawca złożył ofertę obejmującą *„wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”*.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że Zamawiający nie ma też żadnej dyspozytywności w stosowaniu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż przepis ma charakter obligatoryjny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący przywołuje wyimki z uzasadnień wyroków KIO, m.in. w sprawach o sygn. akt: KIO 1501/12, KIO 2073/12.

Podsumowując, Odwołujący stwierdza, że na gruncie badanej sprawy niedoskonałości w treści oferty Odwołującego uznać należało za mało istotne, tak w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia), jak i kosztowym (brak jakiegokolwiek wpływu na cenę ofertową). Jednocześnie brak było podstaw

do przypuszczenia, że omyłki były wynikiem celowego działania wykonawców. Jak wyjaśnia Odwołujący, omyłka w opisie wynikała w trakcie przepisywania przez osobę przygotowującą ofertę formularz oferty. Tym samym nie zaktualizowały się przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W Instrukcji dla wykonawców, stanowiącej element SIWZ, w części 3. Zamawiający określił zakres przedmiotu zamówienia, który obejmuje m.in. *„przeprowadzenie szkoleń użytkowników i instalatorów systemu zgodnie z wymaganiami opisanymi w OPZ”* (pkt 6) oraz *„prowadzenie niezbędnego serwisu gwarancyjnego i pozagwarancyjnego zgodnie z wymaganiami opisanymi w OPZ”* (pkt 7). Przedmiotowe postanowienia zamieszczono w § 1 ust. 1.7 i 1.8 Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 11 do SIWZ). W opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 4 do SIWZ) w części 5.6 Zamawiający sformułował wymagania dotyczące gwarancji systemu wskazując w pkt 5.6.1, że wykonawca zobowiązany jest zagwarantować, że system *„będzie działał zgodnie z jego opisem, oraz dostarczonymi opisami i instrukcjami zgodnie z warunkami zamówienia”* (serwis gwarancyjny systemu). Zaś, w pkt 5.6.2 odnośnie serwisu pozagwarancyjnego systemu Zamawiający zastrzegł, że serwis ten *„będzie trwał od momentu wdrożenia modułów do końca projektu, czyli do dnia 31.12.2014 r.”* i będzie obejmował m.in. modyfikację oraz aktualizację systemu, dostosowanie systemu do nowych wymogów przepisów prawa, świadczenie usług konsultacyjnych, wizyty konsultanta z częstotliwością raz na miesiąc, udzielanie pomocy merytorycznej w obsłudze systemu.

We wzorze formularza oferty (załącznik nr 2 do SIWZ) w pkt 1 zawarte jest następujące oświadczenie: *„Składamy ofertę na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z próbkami.”* Odwołujący złożył oświadczenie przedmiotowej treści składając ofertę.

We wzorze formularza cenowego (załącznik nr 3 do SIWZ) opis wiersza w poz. 6 jest następujący: *„Prowadzenie niezbędnego serwisu systemów informatycznych – gwarancyjnego i pozagwarancyjnego oraz szkoleń dla użytkowników i administratorów”*, zaś opis wiersza w poz. 6.1 brzmi: *„System informatyczny – serwis – monitoring, GPS, ITS i ZUD Przeprowadzenie szkoleń użytkowników i administratorów”*. W ofercie Odwołującego, w formularzu cenowym w poz. 6 zamieszczono następujący opis: *„Przeprowadzenie szkoleń użytkowników i administratorów”*, analogiczny zawarto w poz. 6.1.

Pismem z dnia 24 lutego 2014 r. Zamawiający poinformował, że na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzucił ofertę Odwołującego. W uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji Zamawiający podał, że: „Zamawiający zgodnie z zapisem pkt. X ppkt. 1 SIWZ wymaga aby treść oferty odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ewentualnym zmianom przekazanych przez Zamawiającego jako wyjaśnienia i uzupełnienia do SIWZ. Zamawiający dopuszcza złożenie oferty i załączników na formularzach sporządzonych przez Wykonawcę, pod warunkiem, że ich treść, a także opis kolumn i wierszy odpowiada będą formularzom określonym przez Zamawiającego. Wykonawca sporządził Formularz cenowy niezgodnie ze wzorem Formularza cenowego wymaganego przez Zamawiającego – załącznik nr 3 do SIWZ. Niezgodność Formularza cenowego Wykonawcy a Formularza cenowego Zamawiającego polega na rozbieżnym opisie wykazu realizowanych zadań w wierszu l.p. 6 i 6.1. W l.p. 6 Formularza cenowego Wykonawcy jest opis wiersza o treści „Przeprowadzenie szkoleń użytkowników i administratorów”, a winno być zgodnie z Formularzem cenowym Zamawiającego „Przeprowadzenie niezbędnego serwisu systemów informatycznych - gwarancyjnego i pogwarancyjnego oraz szkoleń dla użytkowników i administratorów”. Ponadto w l.p. 6.1. Formularza cenowego Wykonawcy jest opis wiersza o treści „Przeprowadzenie szkoleń użytkowników i administratorów”, a winno być zgodnie z Formularzem cenowym Zamawiającego „System informatyczny – serwis – monitoring, GPS, ITS i ZUD Przeprowadzenie szkoleń użytkowników i administratorów”.

W ślad za powyższym, pismem z dnia 26 lutego 2014 r., Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w uzasadnieniu podając, że „w dniu 18.02.2014 r. złożono jedną ofertę na w/w postępowanie, która została w dniu 24.02.2014 r. odrzucona przez Zamawiającego”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jakkolwiek rację należy przyznać Zamawiającemu, że M..... J..... działając z J..... J..... w imieniu MCX Telecom Sp. z o.o. i udzielając pełnomocnictwa wykonawcy Geopolis Polska Sp. z o.o. do reprezentowania obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (pełnomocnictwo z dnia 17 lutego 2014 r.) po pierwsze, w świetle przepisu art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 106 k.c., nie legitymowała się uprawnieniem do udzielenia dalszego pełnomocnictwa, po drugie zaś, działała z przekroczeniem zakresu pełnomocnictwa z dnia 14 lutego 2014 r., na podstawie którego działała. W tym miejscu wskazać należy, że rzeczony pełnomocnictwo uprawniało

jedynie do podpisywania i składania ofert do wysokości 12.000.000,00 zł netto, potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów złożonych w ramach wyżej opisanego postępowania oraz prowadzenia w imieniu spółki korespondencji z zamawiającym.

Powyższy brak Izba dostrzegła, jednakże Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że ma on charakter nieusuwalny, stąd też w trybie przepisu art. 187 ust. 7 ustawy Pzp Odwołujący został wezwany do uzupełnienia przedmiotowego braku formalnego.

Podkreślenia wymaga, że w orzecznictwie reprezentowany jest pogląd (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2012 r., sygn. akt V Ca 2739/11, wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2012 r., sygn. akt: KIO 2773/12, wyrok KIO z dnia 15 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2090/12, KIO 2121/12) który Izba podziela, iż brak formalny odwołania w postaci braku pełnomocnictwa osoby działającej w imieniu odwołującego i podpisującej odwołanie dotyczy nie tylko samego dokumentu pełnomocnictwa pochodzącego bezpośrednio od mocodawcy (odwołującego), ale całego ciągu pełnomocnictw wykazujących umocowanie osoby podpisującej odwołanie do działania w imieniu odwołującego. Wskazuje się, że brak jest jakichkolwiek podstaw jurystycznych do identyfikowania pojęcia pełnomocnictwa w rozumieniu art. 187 ust. 3 ustawy Pzp wyłącznie z samym dokumentem pełnomocnictwa. O zakresie dopuszczalności uzupełniania braków formalnych odwołania rozstrzyga art. 187 ust. 3 ustawy Pzp. Zaś zastosowanie tego przepisu nie może doznawać modyfikacji w świetle przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Podkreślenia wymaga, iż przepis art. 187 ust. 3 ustawy Pzp został wprowadzony na mocy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Pzp oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) w celu stworzenia instrumentu zapewniającego możliwość usuwania braków formalnych odwołania. Unormowanie to jest podyktowane potrzebą zapewnienia wykonawcom prawa do korzystania z efektywnego systemu środków ochrony prawnej, co może być osiągnięte poprzez eliminację przypadków automatycznego odrzucania odwołań z powodu czysto formalnych uchybień, które mogą być usunięte przez odwołującego.

Nadto, w ocenie Izby, nie ma powodów, aby brak pełnomocnictwa, rozpoznany w procedurze cywilnej, w sposób odmienny interpretować na gruncie postępowania odwoławczego. W tym miejscu należy wskazać, że *„dla dochowania warunków formalnych pisma procesowego nie wystarcza złożenie przez pełnomocnika dowolnego pełnomocnictwa, lecz musi to być dokument pełnomocnictwa odpowiadający niezbędnym wymaganiom przypisanym dla pełnomocnictwa procesowego, z którego wynika upoważnienie do działania w imieniu strony w danej sprawie”* (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2003 r., sygn. akt: III CZP 74/03). W konsekwencji, badanie dochowania warunków formalnych pisma procesowego w zakresie wynikającym z art. 126 § 3 k.p.c., analogiczne na podstawie przepisu art. 187 ust. 7 ustawy Pzp, winno obejmować także badanie, czy dokument

pełnomocnictwa został należycie sporządzony, a w szczególności, czy został podpisany przez mocodawcę i czy z jego treści wynika umocowanie do działania za mocodawcę w danej sprawie, a ostatecznie ewentualnie skorzystanie z regulacji zawartej w przepisie art. 130 k.p.c. czy 187 ust. 1 ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu, Odwołujący na wezwanie Izby uzupełnił pełnomocnictwo upoważniające Geopolis Polska Sp. z o.o. do reprezentowania MCX Telecom Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i wniesienia odwołania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Rzeczone pełnomocnictwo zostało udzielone przez Prezesa Zarządu, który uprawniony jest do jednoosobowej reprezentacji spółki MCX Telecom Sp. z o.o. (informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców).

Tym samym Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w świetle art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, nie zaktualizowały się również przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego w trybie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W świetle powołanego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie natomiast do treści art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Zamiar ten ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „*W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do*

poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89. ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty z SIWZ – uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to jest dotyczących niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty z SIWZ jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby

takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.

Na gruncie analizowanej sprawy Zamawiający stoi na stanowisku, że Odwołujący treścią oferty nie objął usługi prowadzenia serwisu gwarancyjnego i pozagwarancyjnego, a tym samym nie wycenił przedmiotowej usługi. Zamawiający powyższe wywodzi z faktu braku opisu wierszy z poz. 6 i 6.1 Formularza cenowego w tym zakresie a nadto, z uwagi na fakt, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu, usługa szkolenia użytkowników i administratorów została skalkulowana na analogicznym poziomie, jak w niniejszym postępowaniu, a zatem jak twierdzi Zamawiający, oczywistym jest, że nie obejmuje serwisu.

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, iż nie można tracić z pola widzenia, że intencją wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty niewadliwej, która podlega ocenie i może być wybrana jako najkorzystniejsza. Nie sposób więc czynić założenia, że wykonawca w sposób celowy pomija pewien zakres świadczenia, nie obejmując go treścią oferty. Najczęściej jest to wynik niezamierzonego pominięcia, mieszczącego się w kategorii omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, z faktu, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu opis wierszy z poz. 6 i 6.1 Formularza cenowego był identyczny jak w założonym w ramach niniejszego postępowania przedmiotowym Formularzu, przy uwzględnieniu okoliczności, że w pierwszym postępowaniu Formularz ten był edytowalny (zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego), nie można wywodzić, że Odwołujący zamierzał objąć treścią oferty jedynie tę usługę. Po pierwsze, przeczy temu nie tylko wskazywany wyżej cel, który leży u podstaw wzięcia udziału w postępowaniu i złożenia oferty, a także treść oświadczenia zawartego w ofercie, że Wykonawca składa ofertę zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ, ale także racjonalność działania samego Odwołującego. Gdyby przyjąć, jak chce Zamawiający, że Odwołujący posługiwał się edytowalnym Formularzem cenowym z pierwszego postępowania to należałoby się spodziewać, że złożony w niniejszym postępowaniu Formularz będzie odpowiadał w swej treści temu pierwotnemu. Jednakże tak nie jest, bowiem w pierwszym Formularzu usługi dotyczące serwisu zostały zamieszczone w odrębnej pozycji, której to pozycji brak w przedłożonym w ramach niniejszego postępowania Formularzu. Powyższe wskazuje, że Odwołujący jeśli nawet, to w sposób bezrefleksyjny nie posłużył się rzeczonym Formularzem z uprzednio prowadzonego postępowania, ale usunął poz. 7 i 7.1. Przedmiotowego zabiegu musiał dokonać w oparciu o treść Formularza

obowiązującego w niniejszym postępowaniu, a to z kolei świadczy o tym, że analizował treść sąsiadujących pozycji 6 i 7 i w tych okolicznościach nie sposób sobie wyobrazić, żeby nie dostrzegł, że opis poz. 6 i 6.1 w aktualnym Formularzu stanowi odpowiednio opis poz. 6 i 7 oraz 6.1. i 7.1 z pierwotnego Formularza. Racjonalność postępowania Wykonawcy i doświadczenie życiowe wskazuje, że poz. 6 i 6.1 w sposób niezamierzony została opisana niezgodnie z aktualnym Formularzem cenowym a był to jedynie wynik pominięcia a nie braku woli zaoferowania świadczenia usług serwisowych.

Poza tym, nie sposób przyjąć, że Wykonawca konstruuując ofertę i przygotowując Formularz cenowy nie obejmuje zakresem świadczenia jednego z elementów wymaganych przez Zamawiającego i odrębnie opisanych w części 5.6 Opisu przedmiotu zamówienia. Przeczyłoby to bowiem celowości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu.

Jeśli zaś idzie o argumentację, że Odwołujący spornych usług nie objął treścią oferty, bowiem ich nie wycenił, a wskazuje na to porównanie wyceny usługi szkolenia użytkowników i administratorów w bieżącym i uprzednio prowadzonym postępowaniu, to w ocenie Izby, za nieusprawiedliwione należy uznać poprzestanie jedynie na wskazanym porównaniu. Otóż, uwagi wymaga, że uprzednio prowadzone postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co oznacza, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższała środki finansowe przeznaczone przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Odwołujący w tamtym postępowaniu zaoferował cenę na poziomie niemalże 17 mln zł. W ramach niniejszego postępowania Odwołujący zaproponował cenę znacznie niższą, tj. ok. 10 mln zł. Biorąc powyższe pod uwagę nie sposób przyjąć, że w cenie poz. 6.1 nie uwzględniono kosztów świadczenia usług serwisowych gwarancyjnych i pozagwarancyjnych.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że koszt usług gwarancyjnych zależy w głównej mierze od jakości dostarczonego systemu, a więc jest on w istotnym stopniu zależny od Wykonawcy, który przez to ma możliwość jego obniżenia. Nadto, analiza przedmiotu usług pozagwarancyjnych prowadzi do wniosku, że głównym elementem cenotwórczym są koszty pracownicze, na które ma bezpośredni wpływ Wykonawca. Ponadto, zważywszy na termin świadczenia usługi należy domniemywać, że usługa ta nie będzie nadmiernie cenna. Podobnie rzecz się przedstawia w odniesieniu do usług szkolenia.

Konkludując stwierdzić należy, że na podstawie ceny zaoferowanej przez Odwołującego w poz. 6.1 Formularza cenowego nie sposób stwierdzić, że cena ta zawiera jedynie wycenę usługi szkolenia. Biorąc pod uwagę powołane wyżej okoliczności oraz konsekwentne stanowisko Odwołującego, że w kalkulacji przedmiotowej pozycji uwzględniono również koszty świadczenia usług serwisowych, należało przyjąć, iż wycena spornej pozycji dotyczy obu usług, tj. szkolenia i serwisowych, a wadliwy jest jedynie opis pozycji 6 i 6.1 Formularza cenowego.

Jednocześnie w ocenie Izby, poprawienie przedmiotowego opisu w powołanych pozycjach przez dodanie brakującej części opisu, w świetle wzoru Formularza cenowego, nie doprowadzi do istotnych zmian w treści oferty biorąc pod uwagę zakres poprawienia i wpływ na wynik postępowania. Zakres ten jest niewielki, dotyczy bowiem poprawienia opisu jednej z pozycji Formularza i nie wywołuje zmian w cenie oferty.

Wiedza Zamawiającego co do sposobu poprawienia jest bezsporna. Zamawiającemu wiadomym bowiem jest, na podstawie wspomnianego wzoru Formularza, w jaki sposób powinny być opisane sporne pozycje. Na marginesie należy jedynie zauważyć, że gdyby zaś zamiana opisu wiązała się z poprawieniem ceny, to rację należałoby przyznać Zamawiającemu, że brak podstaw do poprawienia oferty w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Argumentacja Zamawiającego co do charakteru ceny za realizację niniejszego zamówienia nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Zamieszczenie przez Zamawiającego w jednej pozycji usług szkoleniowych i serwisowych a tym samym oczekiwanie ich łącznej wyceny, bez zastrzeżenia co do sposobu rozliczenia na podstawie jednostek miary, oznacza, że Zamawiający za realizację przedmiotowych usług w istocie zamierza zapłacić cenę ryczałtową.

Konieczność dokonania poprawienia oferty Odwołującego czyni zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp trafnym. Zaś brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego powoduje, że zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Natomiast błędne rozstrzygnięcie Zamawiającego w powołanym aspekcie, nie świadczy, wbrew twierdzeniom Odwołującego, o zaniechaniu czynności badania i oceny ofert. Zamawiający czynności te wykonał, aczkolwiek w opinii Izby, wadliwie.

Biorąc pod uwagę, że nie zaktualizowały się przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdzić należy, iż brak było podstaw do unieważnienia postępowania z tej przyczyny, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Jakkolwiek w postępowaniu złożono jedną ofertę i była nią oferta Odwołującego, to przedmiotowa oferta, jak wskazano, nie podlegała odrzuceniu. Tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: