

WYROK
z dnia 8 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 20120 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Fundacja Wigor z siedzibą w Białymstoku, ul. Jęczmienna 4, 15-171 Białystok i P. P. działający pod firmą Marmed P. P. w Białymstoku**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Chełmie, ul. Kolejowa 8, 22-100 Chełm**

przy udziale wykonawcy **Lubelskiego Oddziału Okręgowego Polskiego Czerwonego Krzyża, ul. Puchacza 6, 20-323 Lublin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców: **Fundacja Wigor, ul. Jęczmienna 4, 15-171 Białystok i P. P. działający pod firmą Marmed P. P. w Białymstoku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Fundacja Wigor z siedzibą w Białymstoku i P. P. działający pod firmą Marmed P. P. w Białymstoku** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Chełmie Zamawiającego prowadzi postępowanie, o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług opiekuńczych dla osób starszych, samotnych i niepełnosprawnych oraz specjalistycznych usług opiekuńczych z zaburzeniami psychicznymi w miejscu zamieszkania dla uprawnionych mieszkańców miasta Chełm”. Ogłoszenie w Dz. U. U. E. pod nr 474003-2019 zamieszczono dnia 9.10.2019 r.

Odwołujący: Konsorcjum firm Fundacja Wigor z siedzibą w Białymstoku i P. P. działający pod firmą Marmed P. P. w Białymstoku reprezentowani przez pełnomocnika ustanowionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia P. P. wniósł dnia 23 grudnia 2019 r. odwołanie od czynności i zaniechania w postępowaniu w części zamówienia dotyczącej zadania 1 polegające na:

- a) wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Lubelski Oddział Okręgowy Polskiego Czerwonego Krzyża, jako oferty najkorzystniejszej w części dotyczącej zadania pierwszego zamówienia, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą,
- b) odrzuceniu oferty odwołującego jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ,
- c) zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty odnośnie stawki wynagrodzenia proponowanego przez odwołującego,
- d) Zaniechania wezwania odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane przez odwołującego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp (dalej PZP) przez jego wadliwe zastosowanie w sprawie skutkujące uznaniem, iż treść oferty odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ;

Art. 26 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 PZP przez ich niezastosowanie, co skutkowało zaniechaniem wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w postaci załącznika nr 11 i załącznika nr 13 do SIWZ;

Art. 87 ust. 1 ustawy PZP przez jego niezastosowanie, co polegało na zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty.

W związku z wskazanymi naruszeniami wnosi o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienie dokonanej przez niego czynności wyboru oferty jako najkorzystniejszej złożonej przez Lubelski Oddział Okręgowy Polskiego Czerwonego Krzyża;

- b) uchylenia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- c) wezwania odwołującego do złożenia dokumentów załącznika nr 11 i 13 do SIWZ
- d) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego

Uzasadniając zarzuty odwołania odwołujący wskazał, co następuje.

Podstawą odrzucenia oferty odwołującego było zgodnie z treścią uzasadnienia tej czynności uznanie przez Zamawiającego, iż oferta odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający powyższy wniosek wywiódł z niezłączenia do ofert zał. 11 do SIWZ — stanowiącego Kalkulację ceny oferty, oraz zał. nr 13 Całodobowy kontakt z wykonawcą.

Zdaniem odwołującego czynności Zamawiającego naruszają przepisy, a wynikają z zaniechania dopełnienia obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów.

W pierwszej kolejności w zakresie uznania oferty za niezgodną z SIWZ należy zbadać czy niezgodność ta dotyczy merytorycznej części oferty, mówiąc wprost czy można uznać, iż wykonawca zaoferował odmienny od wymaganego przez zamawiającego przedmiot świadczenia. Stanowisko powyższe jest ujednocicone i potwierdza je orzecznictwo KIO, w myśl którego: „O niezgodności treści oferty z treścią siwz można by bowiem mówić tylko w przypadku, gdy stricte przedmiot oferty jest sprzeczny, odmienny, niejednoznaczny z opisem przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” tak wyrok z 27 sierpnia 2019 r. KIO 1549/19, podobne stanowisko zawiera wyrok z 10 lipca 2019 r. KIO 1091/19, w myśl którego „Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, możliwe jest gdy rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczy sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie. Polegać ona może także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które są również w SIWZ zamieszczone). Zawsze także winno być możliwe wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.”

W przedmiotowej sprawie należy więc zbadać, czy w oparciu o złożone przez odwołującego dokumenty można wywnioskować, iż zaoferował on odmienny od wymaganego postanowieniami SIWZ przedmiot świadczenia, po wtóre zaś należy ustalić, czy Zamawiający zobowiązany był do wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy PZP.

W odniesieniu do zał. 11 — kalkulacji ceny oferty, należy uznać, iż dokument ma jedynie charakter informacyjny, zawiera dane liczbowe wskazane w treści SIWZ a mianowicie:

- nazwę usługi — określenie części -zadania, co jest powieleniem z treści oferty;
- wymiar godzin usług w zadaniu — co zostało określone w treści SIWZ w pkt III.3. i dla zadania 1 wynosi on 70.732 godziny
- cena brutto za 1 godzinę usługi zapis o charakterze informacyjnym stanowiący wynik ilorazu pomiędzy ceną ofertowa, a ilością godzin z SIWZ.
- informacje wartości ogółem oferty netto i brutto, oraz zastosowanej stawki podatku VAT.

Brak zał. nr 11 załączonego do oferty nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Załącznik ten ma jedynie charakter informacyjny, nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, jak też sposobu rozliczenia pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym, zaś jego brak w ofercie, z uwagi na treść SIWZ w żaden sposób nie może wpłynąć na treść oferty, to jest zobowiązania wykonawcy, czy też istotnych postanowień umownych (choćby w zakresie rozliczeń stron). Z całą pewnością brak załącznika w postaci kalkulacji ceny nie może stanowić o niezgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ. W treści SIWZ wprost wskazane jest, że liczba godzin świadczenia usług w wykonaniu zamówienia odnośnie zadania 1 wynosi 70 732 godziny. Nie ma możliwości określenia liczby godzin w treści oferty w sposób odbiegający od postanowień SIWZ w powyższym zakresie. Skoro tak, to w sytuacji gdy wykonawca podał globalną wysokość wynagrodzenia (a tak jest w okolicznościach stanu faktycznego) to cena 1 h świadczenia stanowi wyłącznie wynik działania matematycznego.

W zakresie zał. nr 13 — całodobowy kontakt z Wykonawcą, również załącznik powyższy ma charakter informacyjny, zaś jego niezłączenie w ofercie w żaden sposób nie wpływa na jej merytoryczną treść. Z samej treści dokumentu wynika, iż dotyczy on wyłącznie wskazania danych kontaktowych do Wykonawcy, które w trakcie realizacji zamówienia mogą być zmieniane. Skoro dopuszczalna jest zmiana tych danych (brak jest takiego zakazu w treści SIWZ) to tym samym należy uznać, iż złożenie takiego dokumentu na każdym etapie realizacji samego zamówienia nie zmienia treści obowiązków stron, a z całą pewnością nie zmienia zobowiązania wykonawcy. Trzeba mieć jedynie na uwadze, że obowiązkiem Wykonawcy jest posiadanie osoby do kontaktów z Zamawiającym — i jest to obowiązek nie związany z konkretną, wskazaną ewentualnie w toku postępowania osobą, która może być zastępowana dowolnie przez inną osobę (choćby w razie wygaśnięcia stosunku zatrudnienia).

W literaturze stwierdza się: Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ stanowi przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Niezgodność zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, która to niezgodność nie nadaje się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W tym zakresie wskazać należy, że

oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest odmienna w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji, niż to w SIWZ określił zamawiający. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaferowany przedmiot dostawy bądź też usługi czy też roboty budowlanej, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. O sprzeczności oferty z SIWZ można mówić w szczególności, gdy wykonawca w złożonej ofercie wprost wyrazi zamiar odstępstwa w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia w stosunku do wymagań opisanych w SIWZ. A. Matusiak, komentarz do art. 82 pzp (w:) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Warszawa 2019, Legalis

Odnosząc te uwagi do uchybień odwołującego stanowiących podstawę odrzucenia jego oferty wskazać trzeba, że zamawiający nie miał ku temu należytych podstaw.

Nie ma obowiązku złożenia oferty na formularzach wymaganych przez zamawiającego o ile informacje, które powinny się tam znaleźć wykonawca ujął w innej formie. W okolicznościach niniejszej sprawy odwołujący złożył formularz nr 11 wskazał wysokość oczekiwanego wynagrodzenia jako sumę globalną,

Jak wskazuje Jerzy Pieróg: „Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek określenia przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń (art. 29 ust. 1). Tak samo powinna zostać sporządzona treść oferty. W przypadku wątpliwości zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty (art. 87 ust. 1).” (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2019, komentarz do art. 82 pzp, Legalis)

Niezależnie od powyższego na zamawiającym zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy pzp ciąży obowiązek wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp. Skoro według zamawiającego odwołujący nie potwierdził spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, to zamawiający zobowiązany był do wezwania odwołującego do złożenia dokumentów, ewentualnie wyjaśnienia treści oferty.

Mając powyższe na uwadze wnosi jak na wstępie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił Lubelski Oddział Okręgowy Polskiego Czerwonego Krzyża wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp stwierdził, że treść oferty złożonej na Zadanie I nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazał, że wykonawca wraz z ofertą częściową na Zadanie I nie złożył wymaganych dokumentów: kalkulacji ceny oferty stanowiącej załącznik nr 11 do SIWZ oraz druku danych dotyczących całodobowego kontaktu z wykonawcą stanowiącego załącznik nr 13 do SIWZ, co jest niezgodne z treścią pkt X.9.4 i 5 SIWZ, ponieważ oferta częściowa powinna zawierać ww. dokumenty. Wykonawca przedłożył jeden brakujący dokument tj. kalkulację ceny oferty stanowiącą załącznik nr 11 do SIWZ, w dniu 15 listopada 2019 r. tj. po terminie składania ofert, o którym mowa w pkt XI.1 SIWZ (14 listopada 2019 r. godz. 10).

Z uwagi na powyższe treść złożonej oferty częściowej na Zadanie I nie odpowiada treści siwz i podlega odrzuceniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podtrzymał swoje stanowisko dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej, a zarzuty odwołania ocenił jako nie znajdujące uzasadnienia w stanie faktycznym.

W pierwszej kolejności zamawiający stwierdził, iż nie można przyjąć, że odwołujący posiada interes prawny do wniesienia odwołania wskazując, że wobec przyjętych kryteriów oceny ofert (cena – 60% i okres prowadzenia działalności w zakresie usług opiekuńczych – 40%) oferta odwołującego, w razie jej nieodrzczenia i oceny, uplasowałaby się na ostatniej tj. czwartej pozycji.

Zamawiający stwierdził dalej, że bezpodstawny jest zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pzp przez zaniechanie jego zastosowania. Wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 3 ustawy pzp treść oferty musi odpowiadać treści siwz, a w braku takiej sytuacji oferta, stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, podlega odrzuceniu.

Podkreślił, że treść oferty częściowej złożonej przez odwołującego na Zadanie I nie odpowiada treści siwz. Wskazał, że postanowienia siwz określały w pkt X.9 dokumenty, które należało złożyć wraz z ofertą częściową (9 pozycji), w tym formularz oferty, kalkulację ceny oferty sporządzoną wg zasad i wymogów określonych w pkt XII siwz, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 11 do siwz odpowiednio dla Zadania I i II oraz dane dotyczące całodobowego kontaktu z wykonawcą na druku, którego wzór stanowi załącznik nr 13 do siwz odpowiednio dla Zadania I i II, który należy dołączyć do oferty częściowej.

Wykonawca wraz z ofertą częściową na Zadanie I nie złożył wymaganych dokumentów: kalkulacji ceny oferty jako zał. nr 11 do siwz oraz druku danych dotyczących całodobowego kontaktu z wykonawcą stanowiącego załącznik nr 13 do siwz.

W ocenie zamawiającego ofertą jest nie tylko formularz ofertowy, ale także inne dokumenty znajdujące się w ofercie w jej szerokim znaczeniu, jako zestawie dokumentów zawierającym kompletne oświadczenia wykonawcy obrazujące zaciągnięte przez niego zobowiązanie.

Zdaniem zamawiającego brakujące dokumenty miały nie tylko charakter czysto informacyjny. Druk całodobowy kontakt z wykonawcą zał 13 jest bardzo istotny dla zamawiającego ze względu na charakter, złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia, którego realizacja jest zadaniem własnym gminy zgodnie z ustawą o pomocy społecznej. Uwagi na specyfikę usługi opiekuńcze muszą być świadczone w sposób ciągły, nieprzerwanie. W celu zapewnienia właściwej realizacji zadania zamawiający żądał danych dotyczących całodobowego kontaktu, gdyż nie może ryzykować niewłaściwego sposobu świadczenia przedmiotu zamówienia przez wybranego wykonawcę. Dlatego w katalogu dokumentów tworzących ofertę częściową wymagano dołączenia druku dotyczącego całodobowego kontaktu, czego odwołujący nie uczynił.

Kalkulacja ceny oferty na druku nr 11 stanowiła podstawę obliczenia ceny oferty zgodnie z pkt XII.1 siwz. Kalkulacja nie ma charakteru informacyjnego; podanie cen jednostkowych służy do rozliczeń stron w trakcie realizacji umowy, której wzór stanowi załącznik nr 12 do siwz. Określona cena za wykonanie 1 godziny usługi stanowi podstawę rozliczeń godzin usług świadczonych w danym miesiącu na podstawie której wystawiana jest nota lub rachunek.

Ponadto jednostkowy koszt godziny usługi, który wynika z kalkulacji ceny oferty stanowi podstawę do sporządzenia tabeli odpłatności za usługi opiekuńcze w danym roku kalendarzowym, a tym samym procentową odpłatność, indywidualnie ustalaną w decyzji administracyjnej przyznającej danej osobie usługi opiekuńcze z uwzględnieniem dochodu.

Do realizacji zamierzonych celów konieczne było zatem podanie cen jednostkowych w ofercie, a więc przedłożenie kalkulacji ceny oferty jako stanowiące istotną treść oferty.

Zamawiający stwierdził, że nie można wyjaśniać treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 co do treści, których w ofercie jest brak, wykraczałoby to poza żądanie wykazania, w jaki sposób należy rozumieć treść oferty.

Brakujące dokumenty nie kwalifikują się także do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 1 pzp, gdyż nie stanowią dokumentu podmiotowego ani przedmiotowego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp. Zarzut zaniechania zastosowania tego przepisu przez wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów w postaci załącznika nr 11 i 13 zamawiający uznał za bezpodstawny.

W trakcie rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący odnośnie podniesionego w odpowiedzi na odwołanie zarzutu braku interesu prawnego zauważył, że interes to potencjalna możliwość uzyskania zamówienia i o takie zamówienie się ubiega. Rozważania zamawiającego w tym zakresie są hipotetyczne, a przedstawiona ocena wyniku z uwzględnieniem opisanych kryteriów oceny ofert nie została dokonana poprawnie i jest przedwczesna, a nadto może podlegać odrębnym czynnościom i

ocenom także w ramach środków ochrony prawnej w czasie przyszłym. Przypomniał, że jest wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu i zainteresowanym uzyskaniem zamówienia, co wypełnia w jego ocenie przesłanki z art. 179 PZP. Podkreślił, że jako osoba fizyczna prowadzi działalność ze stażem pozwalającym na uzyskanie maksymalnej punktacji, jednakże jest to okoliczność nie podlegająca ocenie na obecnym etapie.

Przypomniał stanowisko z odwołania dotyczące poprawnego rozumienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zauważył, że załącznik 11, którego brak zarzucił zamawiający miał wyłącznie charakter informacyjny. W formularzu ofertowym przedstawiono cenę ofertową, a wartość godzinowa wynikała z przeliczenia liczby godzin wprost wskazanej w pkt III.3 SIWZ. Również załącznik 13 miał charakter informacyjny i podlegał w razie jego braku uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 PZP. W konsekwencji złożona oferta odpowiadała przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Oceniał, że treść decyzji zamawiającego z 12 grudnia 2019 r. poza wskazaniem brakujących dokumentów nie zawiera uzasadnienia wskazującego na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Przypomniał, że zamawiający nie żądał żadnych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, a złożona przez odwołującego następczo kalkulacja potwierdziła poprawność i sposób wyliczenia ceny zgodnie z treścią SIWZ. Podtrzymał argumenty dotyczące informacji o całodobowym kontakcie.

Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w piśmie, w tym co do braku interesu po stronie odwołującego wobec okresu prowadzenia działalności przez obu wykonawców nie dającego możliwości uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium tego dotyczącym.

Podkreślił brak podstaw żądania wyjaśnień z art. 87 PZP, które by dotyczyły nieistniejącego dokumentu. Powołał pkt III.3 SIWZ wskazując, że zgodnie ze zdaniem 2 OPZ liczba godzin realizacji usługi może ulec zmianie. Wskazał na treść wzoru umowy w szczególności na § 6 i 7 z czego wywiódł konieczność posiadania informacji o kalkulacji ceny, w szczególności w celu przeprowadzenia poprawnych rozliczeń z wykonawcą. Przypomniał, że odwołujący złożył taką kalkulację po terminie składania ofert. Stwierdził, że kolejny brakujący dokument także jest niezbędny do zapewnienia prawidłowej realizacji świadczonych usług. W konsekwencji uznał że brak jest podstaw do uwzględnienia żądań przedstawionych w odwołaniu. Wskazał, że w pkt XII SIWZ stwierdzono, iż cenę oferty należy obliczyć na podstawie kalkulacji stanowiącej załącznik nr 11 do SIWZ, którą należy dołączyć do oferty częściowej. Stwierdził, że oceniając okres prowadzenia działalności oparł się na złożonych dokumentach zgodnie z pkt XIII.2a i b SIWZ. Przypomniał, że kwota ceny z oferty była kwotą maksymalną wynikającą ze stawki godzinowej. Wskazuje na pkt III.7.4 SIWZ dotyczący danych do załącznika 13 oraz § 3 ust. 9 wzoru umowy dotyczący organizacji pracy z uwzględnieniem skutecznych całodobowych kontaktów wymienionych w tym miejscu.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, w tym dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dokumentacji ofertowej, z uwzględnieniem stanowisk stron postępowania odwoławczego przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. W sprawie rozpatrywanej odwołujący dysponuje taką legitymacją jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia, do czego niezbędną drogą jest uchylenie decyzji zamawiającego o odrzuceniu złożonej oferty, co stanowi przedmiot odwołania, a następnie poddanie ocenie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Przedstawiona przez zamawiającego ocena ewentualnej pozycji oferty odwołującego w rankingu ofert złożonych jest na obecnym etapie przedwczesna i jedynie hipotetyczna, nie może zatem prowadzić do uznania braku po stronie odwołującego przesłanki materialnoprawnej uregulowanej w art. 179 ust. 1 ustawy pzp.

Skład orzekający uznaje za uzasadnioną faktycznie i prawnie czynność odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego złożonej na Zadanie I na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W rozpatrywanej sprawie kluczowa jest ocena, jakie były wymogi specyfikacji dotyczące treści oferty. Izba uznaje, że treści, które należało przedstawić w dokumentach oznaczonych jako załączniki nr 11 oraz 13 do siwz, stanowiły przedmiotową treść oferty w znaczeniu ścisłym rozumianym jako oświadczenie woli o zobowiązaniu przez wykonawcę do świadczenia usług za deklarowaną cenę i na warunkach w ofercie opisanych.

Niesporne jest, że wykonawca nie złożył dokumentów opisujących kalkulację ceny oferty, jak również danych dotyczących całodobowego kontaktu z wykonawcą.

Brakujące dokumenty, a w istocie treść, jaka miała być w nich przedstawiona, miały znaczenie merytoryczne. Podkreślenia wymaga, że Druk Całodobowy kontakt z wykonawcą stanowiący zał. 13 do siwz, stanowił element oferty zawierający informacje stanowiące element opisu przedmiotu zamówienia, wskazany pkt III.7.4 siwz, przewidziany do wprowadzenia do treści umowy stron i stanowiący w konsekwencji w kontekście powołanych postanowień, podmiotowo istotny element umowy. Charakter tych postanowień i znaczenie

dla zamawiającego jest oczywiste ze względu na charakter, złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia, którym jest świadczenie usług opiekuńczych. Brak informacji w tym zakresie jest brakiem w treści oferty. Bez wpływu na niniejszą ocenę pozostaje przy tym okoliczność wskazana przez odwołującego o ewentualnych zmianach w kontaktach w toku realizacji umowy.

Natomiast Kalkulacja ceny oferty na druku nr 11, jak wynika z postanowień siwz, stanowiła podstawę obliczenia ceny oferty zgodnie z pkt XII.1 siwz stanowiąc również treść oferty w zakresie jej ceny i wymaganego sposobu obliczenia. Kalkulacja, jak wynika z treści siwz służyć ma nie tyle ocenie globalnej ceny na Zadanie I, jako że ta została przedstawiona w Formularzu ofertowym, służy natomiast do rozliczeń stron w trakcie realizacji umowy, podstawę rozliczeń godzin usług świadczonych w danym miesiącu, podstawę do sporządzenia tabeli odpłatności za usługi opiekuńcze w danym roku kalendarzowym, a tym samym procentową odpłatność, indywidualnie ustalaną w decyzji administracyjnej przyznającej danej osobie usługi opiekuńcze z uwzględnieniem dochodu. Do realizacji założonych celów konieczne było zatem podanie cen jednostkowych w ofercie, a więc przedłożenie kalkulacji ceny oferty jako stanowiącej istotną treść oferty.

Izba nie podziela poglądu odwołującego o wyłącznie informacyjnym charakterze kalkulacji, którą zamawiający mógłby ustalić własnym obliczeniem opartym na cenie oferty i liczbie założonych godzin. Takie ewentualne ustalenie stanowiące uzupełnienie braku, nie znajduje podstaw prawnych w ustawie.

Nie można wyjaśniać treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp co do treści, których w ofercie jest brak, co dotyczy obydwu omawianych brakujących informacji. Taka czynność zamawiającego, zawarta w żądaniu odwołania, wykraczałaby poza granice przepisu odnoszącego się do treści istniejących, a jedynie wymagających wyjaśnienia.

Mając zatem na uwadze, że treść oferty złożonej przez odwołującego nie zawiera wymaganych informacji składających się na ofertę rozumianą ściśle jako wiążące oświadczenie o wykonaniu przedmiotowej usługi na warunkach sprecyzowanych wymogami siwz, uznać należy, że w sprawie zaistniała przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

W konsekwencji wykazania, że brakujące informacje, które nie zostały złożone, a stanowią treść oferty, stwierdzić należy, że przedmiotowe dokumenty nie kwalifikują się do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp, gdyż nie stanowią dokumentów podmiotowych lub przedmiotowych, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp. Zatem zarzut zaniechania zastosowania przepisu przez wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów w postaci załącznika nr 11 i 13 do siwz uznaje się za niezasadny.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji stwierdzając, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: