

WYROK
z dnia 9 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Logos Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (Lider) i Szczeciński Park Naukowo-Technologiczny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Lubelskie w Lublinie**

przy udziale wykonawcy **MarKiz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Województwu Lubelskiemu w Lublinie** unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Logos Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i Szczeciński Park Naukowo-Technologiczny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie** i dokonanie ponownej oceny ofert
2. kosztami postępowania obciąża **Województwo Lubelskie w Lublinie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Logos Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (Lider) i Szczeciński**

Park Naukowo-Technologiczny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od **Województwa Lubelskiego w Lublinie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Logos Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i Szczeciński Park Naukowo-Technologiczny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie** kwotę 18 881 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Lubelskie w Lublinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wyłonienie operatora zarządzającego inkubatorem technologicznym utworzonym w ramach projektu pn. „Lubelski Park Naukowo-Technologiczny w Lublinie” oraz administrującego segmentami I i II budynku „Lubelskiego Parku Naukowo-Technologicznego w Lublinie” na lata 2011-2014.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 31 października 2011 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Logos Consulting Sp. z o.o. w Lublinie i Szczeciński Park Naukowo-Technologiczny Sp. z o.o. w Szczecinie wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) - poprzez zastosowanie ww. przepisu, pomimo że treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty uznanej za najkorzystniejszą, pomimo że treść tej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.
3. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty uznanej za najkorzystniejszą, pomimo że zawiera ona zobowiązanie do spełnienia świadczenia niemożliwego, a w konsekwencji jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.
4. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty uznanej za najkorzystniejszą, pomimo że wartość tej oferty odbiega znacznie od kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i wartości pozostałych ofert.
5. art. 7 ustawy Pzp poprzez różną ocenę ofert, które dotknięte były tymi samymi wadami, a w konsekwencji odrzucenie niektórych ofert i wybór oferty uznanej za najkorzystniejszą, pomimo że treść tej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący się wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jako dokonanej w wyniku nierównego potraktowania wykonawców i niezachowania zasad uczciwej konkurencji (naruszenia art. 7 ustawy Pzp),
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego się,
- 3) ponownego dokonania badania i oceny ofert,
- 4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, po uprzednim wykonaniu czynności wymaganych w toku prawidłowo przeprowadzonego badania i oceny ofert, tj. poprawienia omyłek rachunkowych, wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pz zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3: Zgodnie natomiast z postanowieniami rozdziału IV SIWZ: Termin wykonania zamówienia: od dnia podpisania umowy do dnia 31.12.2014 r. Podobnie w załączniku nr 1 do SIWZ, tj. w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, zawarto treść: „Prowadzenie Inkubatora Technologicznego i zarządzanie segmentem 1 i II budynku Lubelskiego Parku Naukowo - Technologicznego w Lublinie od dnia podpisania umowy do 31 grudnia 2014r. ”

Termin wykonywania zamówienia powtórzono także w załączniku nr 7 do SIWZ, tj. w Istotnych postanowieniach umowy, gdzie w § 5 stwierdza się. Termin realizacji umowy biegnie od dnia podpisania umowy, a kończy się 31 grudnia 2014 roku. ”

Jednocześnie żadne inne postanowienia SIWZ nie przywołują daty 01.10.2011 r. jako dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia. W tej sytuacji nie jest zrozumiałe, w oparciu o które postanowienia treści SIWZ zamawiający doszedł do wniosku, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Jeżeli w trzech różnych miejscach SIWZ zamawiający przywołuje określone zasady wykonywania zamówienia, nie może dziwić, że oferty większości wykonawców, w tym odwołującego, zostały skalkulowane właśnie w oparciu o założenie, że zamówienie będzie realizowane w okresie od dnia jego udzielenia, co nastąpi bez wątpienia po 01.10.2011 r., do dnia 31.12.2014r.

Powyższe założenie oparte było o analizę przepisów ustawy Pzp i pozostałych okoliczności postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Zgodnie bowiem z treścią sekcji IV.3.3 Ogłoszenia o zamówieniu:

„ Termin składania wniosków dotyczących uzyskania dokumentów lub dostępu do dokumentów 27.9.2011 -12:00”

Mając na uwadze, że w postępowaniach, których wartość przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 193.000,00 euro (740.927,00 złotych) zawsze po ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty konieczne jest zachowanie minimum dziesięcio- lub

piętnastodniowego okresu *stand still*, udzielenie zamówienia w dniu 01.10.2011 r. było od początku założeniem niemożliwym do spełnienia przez żadnego z wykonawców.

Postanowieniem, które przywołał zamawiający dla uzasadnienia swojej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego było wskazanie w treści ogłoszenia o zamówieniu na postanowienia sekcji II.3 CZAS TRWANIA ZAMÓWIENIA LUB TERMIN REALIZACJI: „Rozpoczęcie 1.10.2011. Zakończenie 31.12.2014”

W ocenie odwołującego się powyższe nie może stanowić przesłanki odrzucenia oferty jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Po pierwsze - ww. zdanie zawarte jest w treści ogłoszenia o zamówieniu, a nie w SIWZ, co powoduje, że oferta mogłaby być co najwyżej uznana za niezgodną z treścią ogłoszenia a nie z treścią SIWZ, a prawodawca nie przewidział takiej okoliczności jako przesłanki odrzucenia oferty, gdyż oparł regulację o domniemanie, że treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ będą tożsame w wymaganym zakresie. Po drugie - rozbieżności pomiędzy treścią wadliwie sporządzonego ogłoszenia o zamówieniu a treścią SIWZ nie mogą skutkować negatywnie w sferze praw lub obowiązków wykonawców. Zawsze obciążają one zamawiającego jako autora dokumentacji przetargowej i podmiot odpowiedzialny za opisanie przedmiotu zamówienia, tj. zakresu przyszłego świadczenia wykonawcy.

Oferta odwołującego nie jest ofertą, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący się podniósł, że mając na uwadze ustalenia pkt 3.1. odwołania wskazać należy, że w przedmiotowym postępowaniu złożono pięć ofert, z czego trzy zostały odrzucone jako złożone niezgodnie z treścią SIWZ w zakresie terminu wykonywania zamówienia. Wszyscy wykonawcy, którzy je złożyli, zrozumieli postanowienia SIWZ zgodnie z ustaleniami pkt 3.1. niniejszego odwołania, a nie tak jak zrozumiął je wykonawca, którego ofertę wybrano. Powyższe nie powinno pozostawać bez znaczenia w toku czynności badania i oceny ofert. Zamawiający, po uświadomieniu sobie błędu zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu, winien badać i oceniać oferty, stosując przyjęte w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej domniemanie, zgodnie z którym nieprecyzyjne sformułowania dokumentacji przetargowej, co do zasady nie obciążają wykonawców lecz zamawiających, którzy je tworzyli. Oczywistym jest więc, że oferta, którą błędnie uznano za najkorzystniejszą winna zostać odrzuconą, gdyż to właśnie jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie terminów wykonywania zamówienia. To, że jest ona - jako jedyna - zgodna z treścią ogłoszenia o zamówieniu, nie ma znaczenia, gdyż ogłoszenie to obarczone jest wadą polegającą na przyjęciu terminu wykonywania zamówienia niemożliwego do dochowania w świetle postanowień ustawy PZP. Okres od dnia 27.09.2011 r. (składanie ofert) do dnia 01.10.2011 r. (zawarcie umowy) nie jest możliwy do przyjęcia jako realny w świetle postanowień ustawy Pzp. Nie uwzględnia konieczności zarezerwowania czasu niezbędnego dla czynności badania i oceny ofert oraz terminu pomiędzy ogłoszeniem o wyborze najkorzystniejszej

oferty a zawarciem umowy. W przedmiotowym postępowaniu czynności poprzedzające ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty trwały od dnia 27.09.2011r. do dnia 21.10.2011r. Gdyby wykonawcy nie skorzystali ze środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu umowa mogłaby zostać realnie zawarta - uwzględniając formę zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 1. (dzień świąteczny) lub 2.11.2011 r. - około miesiąca po wadliwie wpisanym terminie udzielenia zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zamieścił dwie różne daty zawarcia umowy w dwóch różnych dokumentach, przy czym w SIWZ powtórzył w trzech miejscach ten sam sposób określenia terminu wykonywania zamówienia. Następnie przyjął arbitralnie, że tylko jeden wykonawca złożył ofertę zgodnie z jego oczekiwaniami, a pozostali się pomylili. Mając na uwadze, że dodatkowo jedna z ofert była wadliwie zabezpieczona wadium i w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty nie ma informacji na temat terminu wykonywania zamówienia w tej ofercie - uznać należy, że praktycznie jedna oferta uwzględniała postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, pozostałe były złożone zgodnie z treścią SIWZ i te właśnie oferty odrzucono, a wybrano ofertę o treści niezgodnej z SIWZ a za to zgodnej z ogłoszeniem.

Ponadto odwołujący się wskazał, że wybrana oferta obarczona jest jeszcze jedną, istotną wadą, powodującą, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Postanowienia rozdziału XII. SIWZ nakładały w pkt 7 obowiązek obliczenia ceny oferty w specyficzny sposób, co uzasadnione było istotą i celem zawieranej umowy.

Zgodnie z ww. postanowieniami SIWZ:

„ 7. Cena oferty powinna zostać skalkulowana zgodnie z następującymi wytycznymi:

- 1) Zarządzanie inkubatorem - nie może stanowić więcej niż 30 % ceny oferty netto.
- 2) Bezpłatna opieka mentorska dla każdego inkubowanego przedsiębiorstwa - musi się zawierać w przedziale od 20 do 30 % ceny oferty netto.
- 3) Bezpłatne specjalistyczne doradztwo (prawo, marketing, finanse) dla każdego inkubowanego przedsiębiorstwa - musi się zawierać w przedziale od 15 do 25 % ceny oferty netto.
- 4) Bezpłatna pomoc w zakresie obsługi księgowej - musi się zawierać w przedziale od 3 do 10 % ceny oferty netto.
- 5) Bezpłatne prowadzenie polityki informacyjnej dotyczącej inkubatora i inkubowanych przedsiębiorstw - musi się zawierać w przedziale od 2 do 7 % ceny oferty netto.
- 6) Wynajem sal konferencyjnych (bezpłatnie w zakresie 5 godz./kw.) - musi się zawierać w przedziale od 10 do 20% ceny oferty netto.
- 7) Bezpłatne usługi szkoleniowe - musi się zawierać w przedziale od 1 do 5 % ceny oferty netto."

Takie same sformułowania powtórzono w sekcji VI.3) ogłoszenia o zamówieniu zawierającej i zatytułowanej: „Informacje dodatkowe”.

Odwolujący się wskazał, że z powodu przekroczenia minimalnych lub maksymalnych wartości granicznych odrzucono ofertę jednego z wykonawców („ekogeo.pl” Ryszard Bryła). Wbrew jednak zasadzie równego traktowania wykonawców zaniechano z tego samego powodu odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą.

Tymczasem, w toku przedmiotowego postępowania podany sposób obliczenia ceny oferty nie znalazł swego odzwierciedlenia w treści Formularza ofertowego. Wykonawcy, którzy go składali, nie mogli podać ceny w rozbiciu na siedem opisanych wyżej wytycznych. Podawali je natomiast poprzez podawanie zryczałtowanej ceny odpowiednio do danej pozycji kosztów za: godzinę, miesiąc, kwartał świadczenia danego rodzaju usług. W efekcie oferty nie dawały się porównać i konieczne było wezwanie wykonawców do złożenia sporządzonego przez Zamawiającego zestawienia tabelarycznego, które potwierdziłoby, że złożona oferta obliczona jest w sposób uwzględniający postanowienia rozdziału XII. SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca, którego ofertę wybrano, dokonał kalkulacji wartości ceny zgodnie z postanowieniami rozdziału XII. SIWZ oraz Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia i Istotnych postanowień umowy. Zaoferowane przez zwycięskiego wykonawcę części składowe wynagrodzenia nie mieszczą się w przedziałach procentowych wyznaczonych przez zamawiającego w SIWZ. Niezgodność ta dotyczy następujących składników oferty:

- a) Zarządzanie inkubatorem - zaoferowane wynagrodzenie przekracza dopuszczony poziom 30%.
- b) Bezpłatna opieka mentorska dla każdego inkubowanego przedsiębiorstwa - zaproponowane wynagrodzenie jest niższe niż wymagane 20%.
- c) Wynajem sal konferencyjnych (bezpłatnie w zakresie 5 godz./kw.) - zaproponowane wynagrodzenie jest niższe niż wymagane 10%.

Rozbieżności powstały na skutek przyjętego przez tego wykonawcę sposobu obliczania ceny. Prawdopodobnie przyjął on pewną cenę, którą następnie postanowił dostosować do wymagań SIWZ. W tym celu dzielił ustaloną uprzednio kwotę w taki sposób aby uzyskać 7 wartości granicznych, mieszczących się w podanych progach procentowych. Jednak dokonane obliczenia obarczone zostały omyłką wynikającą w tym przypadku z przeprowadzania ich w programie komputerowym Microsoft Excel (lub innym arkuszu kalkulacyjnym). Program ten prezentuje w widoku komórki dwie liczby po przecinku, jednak w pamięci do obliczeń wykorzystuje ich znacznie więcej. W efekcie zaokrąglenia prowadzą do błędów spotykanych często w zamówieniach publicznych.

Analizując powyższe na przykładzie wiersza 2., zatytułowanego: „Bezpłatna opieka mentorska dla każdego inkubowanego przedsiębiorstwa” - z obliczeń z oferty i wyjaśnień

zwycięskiego wykonawcy wynika, że $13 \times 21 \times 246,67 \times 7$ daje kwotę 471.380,01. Tym czasem prawidłowy wynik tego działania to 471.386,37. Powyższe powinno być sprostowane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP, czego także domaga się odwołujący. Zamawiający zaniechał jednak powyższej czynności. Niezależnie od tego, którą wartość przyjmujemy do obliczeń, za każdym razem uzyskamy 19,99980407% zamiast minimalnych 20%. Mamy więc wartość niższą niż 20%, a zgodnie z postanowieniami rozdziału XII. pkt 7. ppkt 2. SIWZ wartość ta: „musi się zawierać w przedziale od 20 do 30 % ceny oferty netto”. Przy czym bez znaczenia jest, że wada oferty „ekogeo.pl” Ryszard Bryła była wyższa od maksymalnego progu w jednym przypadku o 0,26% a w drugim o 0,88%, a wartość oferty uznanej za najkorzystniejszą jest niższa o 0,00019593%. Najistotniejsze jest, że nie zawiera się ona w podanym przedziale.

Odwołujący, sporządzając ofertę, dokonywał obliczeń w taki sam sposób. Jednak uwzględnił sposób działania programu i przyjmował takie wartości, aby zapewnić sobie niezbędną różnicę pomiędzy wartością progową a wartością wynikającą z obliczeń. Zwycięski wykonawca takich założeń nie poczynił i w efekcie jego oferta nie odpowiada treści SIWZ, i jako taka winna być odrzucona.

W ofercie uznanej za najkorzystniejszą przyjmuje się na potrzeby obliczeń okres 13. kwartałów (lub 39 miesięcy) wykonywania zamówienia, co w konsekwencji oznacza, że wykonawca opiera się na założeniu, że jego świadczenie będzie wykonywane już od 1.10.2011 r., pomimo że termin ten nie był możliwy do dochowania już w dniu składnia ofert. Zgodnie z art. 387 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964r. nr 16, poz. 93 ze zmianami):

„Art. 387. § 1. Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

§ 2. Strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia. ”

Z powyższego wynika, że nie można zobowiązać się do świadczenia usługi już od dnia 1.10.2011 r. w sytuacji, gdy do zawarcia umowy dojdzie najwcześniej w połowie października i to przy korzystnym zbiegu czynności w toku postępowania.

W ocenie odwołującego się zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty uznanej za najkorzystniejszą, pomimo że wartość tej oferty odbiega znacznie od kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i wartości pozostałych ofert.

Dodatkowo, w przypadku oferty uznanej za najkorzystniejszą konieczne jest zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp celem uzyskania wyjaśnień, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z postanowieniami sekcji II.2.1 ogłoszenia o zamówieniu całkowita wartość lub zakres zamówienia wynosi:

3.621.178,76 złotych. Jednocześnie, bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4.682.462,69 złotych brutto. Tymczasem wartość zwycięskiej oferty jest niższa niż 3.000.000,00 złotych brutto. Mając na uwadze wartości pozostałych ofert oraz wskazane wyżej kwoty, w ocenie odwołującego się konieczne jest wezwanie zwycięskiego wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w celu zbadania, czy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący się podniósł, że zamawiający naruszył art. 7 ustawy Pzp poprzez różną ocenę ofert, które dotknięte były tymi samymi wadami, a w konsekwencji odrzucenie niektórych ofert i wybór oferty uznanej za najkorzystniejszą, pomimo że treść tej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zdaniem odwołującego się analiza odwołania prowadzi do wniosku, że w kilku opisanych przypadkach zamawiający inaczej traktuje ofertę uznaną za najkorzystniejszą od pozostałych ofert. Pomimo obliczenia terminu wykonywania zamówienia w sposób niezgodny z SIWZ zamawiający nie odrzuca ww. oferty, a odrzuca za to oferty pozostałych wykonawców, chociaż są zgodne z SIWZ. Ponadto, zamawiający odrzuca ofertę jednego z wykonawców z powodu niezgodnego z SIWZ sposobu obliczenia ceny oferty, a nie czyni tego samego w stosunku do oferty uznanej za najkorzystniejszą, pomimo, że także nie mieści się ona w ustalonych przez niego wartościach granicznych ceny za poszczególne usługi.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Markiz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie

Izba ustaliła, co następuje:

Stan faktyczny przedstawiony przez odwołującego się w odwołaniu jest zgodny z ustaleniami poczynionymi w tym zakresie przez Izbę i nie jest on sporny pomiędzy stronami.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego się mimo tego, że jej treść jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią siwz jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań tego dokumentu.

Ogólnie wskazać tu należy, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm siwz, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Znowu w ślad za ustalonym orzecznictwem można tu wskazać, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań siwz, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W powyższym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko składu orzekającego KIO wyrażone w wyroku z 4 sierpnia 2011 roku sygn. akt KIO 1562/11.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający w trzech miejscach specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił początek terminu wykonania zamówienia „od dnia podpisania umowy”. Postanowienie takie znajduje się z rozdziale IV siwz, w załączniku nr 1 do siwz „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” oraz w załączniku nr 7 do siwz „Istotne postanowienia umowy” (§ 5). Wobec odwołującego się, który dostosował treść oferty do wskazanych wyżej postanowień, nie może skutecznie zostać podniesiony zarzut niezgodności treści jego oferty z treścią siwz. Zarzut taki jest kompletnie nieuzasadniony. Oferta odwołującego się jest pod tym względem co najwyżej niezgodna z treścią ogłoszenia, niemniej jednak ustawodawca nie przewidział możliwości odrzucenia oferty wykonawcy z powodu niezgodności jej treści z treścią ogłoszenia.

Izba stwierdza, iż w rozpoznawanym przypadku niezgodność treści ogłoszenia o zamówienia z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia obciąża zamawiającego. Zamawiający nie może odpowiedzialności z tytułu nieprawidłowego przygotowania dokumentacji postępowania przerzucać na wykonawców, którzy – działając w przekonaniu o zasadności i racjonalności działań zamawiającego – dostosowują treść składanych oświadczeń woli do wymogów wskazanych w dokumentacji postępowania. Niezależnie od powyższego Izba podkreśla, iż oferta odwołującego się w pełni odpowiada treści siwz, a zatem jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie może zostać uznane za zasadne.

Powyższa argumentacja zachowuje swoją aktualność wobec kolejnego zarzutu odwołania, tj. zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty przystępującego, który z kolei w złożonej ofercie uwzględnił termin rozpoczęcia realizacji zamówienia wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu, nie zaś w siwz. W ocenie Izby zarzut ten – jako nieuzasadniony – nie zasługuje na uwzględnienie. Uzupełniając powyższe Izba wskazuje na wyrok z dnia 30 listopada 2010 roku w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 2518/10, zgodnie z którym zapisy w zakresie określonych wymogów zamawiającego zawarte zarówno w ogłoszeniu, jaki i w specyfikacji, winny być tożsame. Zapisy ogłoszenia o zamówieniu mają umożliwić zapoznanie się z warunkami i wymogami postępowania wykonawcom krajowym i zagranicznym. Istotnym jest, że ogłoszenie stanowi pierwszy element informacyjny dla wykonawcy o prowadzonym postępowaniu i informacje w nim zawarte mają umożliwiać wykonawcy podjęcie decyzji o możliwości i woli ubiegania się o zamówienie publiczne. Natomiast umieszczona na stronie internetowej zamawiającego specyfikacja winna jedynie uszczegółwiać informacje zawarte w ogłoszeniu, nie może natomiast zawierać informacji sprzecznych z treścią ogłoszenia. Z kolei w wyroku z dnia 12 października 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 2146/10 Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż wykonawca, który działa w zaufaniu i dobrej wierze do sporządzonych przez zamawiającego dokumentów (...) nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych czy niejasnych postanowień SIWZ.

Zamawiający nie może wyciągać negatywnych skutków z omyłek zaistniałych w SIWZ, a także w ogłoszeniu.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego się, iż cena oferty odwołującego się została obliczona niezgodnie z treścią siwz. Argumentacja odwołującego się sprowadzała się do zakwestionowania niektórych części składowych wynagrodzenia wskazanego w ofercie, które – w ocenie odwołującego się – nie mieszczą się w ustalonych przez zamawiającego przedziałach procentowych. I tak wynagrodzenie w zakresie zarządzania inkubatorem nie mogło przekraczać 30% ceny oferty, natomiast u przystępującego jest to 30,0000000849%, wynagrodzenie z tytułu bezpłatnej opieki mentorskiej dla każdego inkubowanego przedsiębiorstwa powinno wynieść nie mniej niż 20%, a u przystępującego jest to 19,9999108155% i wreszcie – wynagrodzenie z tytułu wynajmu sal konferencyjnych nie mogło być niższe niż 10% ceny, zaś u przystępującego jest to 9,9999551956%.

Izba ustaliła, że zamawiający w Rozdziale XII „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” pkt 5 zawarł postanowienie, iż wymienione wartości w ofercie należy podać w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku przy zachowaniu matematycznej zasady zaokrąglania liczb (zgodnie z § 5 ust. 6 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 marca 2011 roku w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług (Dz. U. Nr 68, poz. 360).

Odwołujący się na rozprawie podnosił, iż powyższa zasada nie znajduje zastosowania w przypadku wyliczania wartości procentowych, ponieważ rozporządzenie, z którego wynika dotyczy kwot, nie zaś wartości procentowych, a ponadto dotyczy ona wartości podawanych przez wykonawcę w ofercie. Wykonawcy nie mieli zaś obowiązku podawania wartości procentowych, były one wyliczane dopiero przez zamawiającego na podstawie kwot wskazanych w ofercie.

Argumentacja odwołującego się nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby zamawiający wskazał jedynie na zasadę matematyczną, która będzie obowiązywała w niniejszym postępowaniu przy zaokrągleniu wartości liczbowych. Wskazuje na to chociażby analiza treści § 5 ust. 6 wskazanego wyżej rozporządzenia. Zgodnie z wzmiankowanym przepisem kwoty wykazywane w fakturze zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza. Zamawiający dla potrzeb postępowania przyjął jedynie samą zasadę, pomijając zaś zastosowaną w cytowanym przepisie nomenklaturę właściwą dla kwot wyrażanych w złotych. Oznacza to, że zasada ta znajduje zastosowanie również do innych wartości matematycznych, nie tylko kwot pieniężnych.

Ponadto zdaniem Izby zamawiający przy wyliczaniu wartości procentowych nie tylko mógł, lecz wręcz powinien stosować tę samą zasadę zaokrąglania. Skoro wykonawcy

kalkulując cenę oferty obowiązani byli do zaokrąglania poszczególnych kwot, mieli podstawy, by przypuszczać, że ta sama zasada znajdzie zastosowanie przy dokonywaniu wyliczeń przez zamawiającego. Nie może być tak, że zamawiający, które uwzględniła w swych wyliczeniach kwoty zaokrąglone przez wykonawców, sam stosuje zasady odmienne.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty przystępującego, pomimo że zawiera ona zobowiązanie do spełnienia świadczenia niemożliwego, a zatem jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W ocenie odwołującego się zaofiarowanie przez przystępującego terminu wykonania zamówienia począwszy od dnia 1 października 2011 roku jest zobowiązaniem do świadczenia niemożliwego. Termin ten był bowiem niemożliwy do wykonania już w dniu składania ofert. Niemożliwość świadczenia skutkuje zaś nieważnością zawartej umowy w myśl art. 387 Kodeksu cywilnego.

Stanowisko odwołującego się nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 387 K.c. dotyczy wyłącznie przypadków niemożliwości obiektywnej (lub przedmiotowej). Stan ten cechuje obiektywna niewykonalność świadczenia przez kogokolwiek, uzasadniona ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki. Przyczyna niemożliwości świadczenia nie ma wówczas charakteru subiektywnego, wynikającego z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi którakolwiek ze stron umowy. W rozpoznawanym przypadku zarówno właściwość zobowiązania nie pozwala na stwierdzenie, że świadczenie jest niemożliwe, jak i nie wskazują na to okoliczności leżące po stronie wykonawcy. Termin wyznaczony na składanie ofert upływał w dniu 27 września 2011 roku. Przystępujący składając ofertę w wyznaczonym terminie gotów był do wykonania zobowiązania, zgodnie z treścią oferty. To że rozpoczęcie realizacji świadczenia w zadeklarowanym terminie doznaje ograniczeń z powodu konieczności dochowania przez zamawiającego warunków prowadzenia przetargu publicznego nie świadczy o niemożliwości świadczenia w rozumieniu art. 387 K.c. Jak już wyżej zaznaczono na gruncie wskazanego przepisu znaczenie ma wyłącznie świadczenie obiektywnie niemożliwe.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty uznanej za najkorzystniejszą, pomimo że wartość tej oferty odbiega znacznie od kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i wartości pozostałych ofert.

Dla ustalenia faktu wystąpienia ceny rażąco niskiej konieczne jest zdefiniowanie tego typu pojęcia. Punktem odniesienia zaofiarowanej ceny w celu ustalenia, czy jest ona rażąco niska

nie jest – jak to podnosi odwołujący się – kwota, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, lecz ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia.

Ustawodawca statując obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie sprecyzował pojęcia rażąco niskiej ceny. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Dokonując oceny, czy zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska należy w pierwszej kolejności odnieść się do dokonanej przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia. Zasadnym jest także ustalenie, czy zaoferowana cena nie odbiega od cen innych ofert. Należy bowiem założyć, iż zarówno zamawiający, jak i inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu dokonują stosownych oszacowań mając na względzie uwarunkowania opisane powyżej.

Z ustaleń dokonanych przez Izbę wynika, iż przystępujący złożył ofertę, której cena wynosi około 80% szacunkowej wartości zamówienia. Podobna zależność występuje w stosunku do trzech spośród pięciu złożonych ofert, których ceny kształtują się na poziomie od 3.357.383,48 zł do 3.566.877,00 zł. Powyższe w ocenie Izby nie pozwala na uznanie ceny zaoferowanej przez przystępującego za rażąco niską.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez różną ocenę ofert, które dotknięte były tymi samymi wadami. Sam zarzut skonstruowany jest w sposób lakoniczny, nie daje wiedzy, w stosunku do jakich ofert zamawiający zastosował inne zasady oceniania. Izba nie ma zatem możliwości dokonania rzetelnej oceny i rozpoznania podniesionego zarzutu.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....