

WYROK

z dnia 22 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 grudnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2011 r.

przez wykonawcę: **Firma „GWARANT” – Tomczyk spółka jawna, 67-200 Głogów, ul. Rynek 3A**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy, 01-824 Warszawa, ul. Przybyszewskiego 80/82,**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

A. Fundacja „ZDROWIE”, 03-924 Warszawa, ul. Niekańska 4 lok. 24

B. Agencja Służby Społecznej B. Kościelak spółka jawna, 02-579 Warszawa, ul. Kwiatowa 7A

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert – w stosunku do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy i:**

- 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Firmę „GWARANT” – Tomczyk spółkę jawną z siedzibą w Głogowie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2.** zasądza od **Ośrodka Pomocy Społecznej Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy** na rzecz **Firmy „GWARANT” – Tomczyk spółki jawnej z siedzibą w Głogowie** kwotę **18937 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści siedem złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na usługi pn. *Świadczenie usług opiekuńczych dla klientów Ośrodka Pomocy Społecznej Dzielnicy Bielany m.st. Warszawy* (numer sprawy: 21/20111)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2011/S_216-352374 z 10 listopada 2011 r., uprzednio 7 listopada 2011 r. Zamawiający przesłał to ogłoszenie do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.opsbielany.waw.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.633.000,00 zł, co stanowi równowartość 425.371,19 euro.

7 grudnia 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Firmie „GWARANT” – Tomczyk spółce jawnej z siedzibą w Głogowie – zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp (wskazanego jako uzasadnienie prawne podjętej czynności), zawierające następujące uzasadnienie faktyczne podjętej decyzji: *Specyfikacja dotycząca przedmiotowego postępowania w punkcie 3.3 SIWZ zawiera błąd literowy dotyczący całkowitej przewidywanej ilości godzin świadczonych usług t.j. 136 080 godzin co spowodowało, że jeden z Wykonawców zastosował tę błędną podstawę do obliczenia ceny ofertowej. W związku z powyższym oferty nie mogą zostać właściwie ocenione.*

12 grudnia 2011 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od tej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Art. 7 ust. 1 – poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania pomimo braku ustawowych przesłanek, przez co doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. Art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1, 5 i 6 – poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji braku występowania przesłanek do unieważnienia oraz błędnego uznania, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, przy jednoczesnym braku wystąpienia przesłanek określonych w art. 146 ust. 1, 5 i 6.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 6 – poprzez nieodrzućenie ofert Wykonawców: Fundacja Zdrowie oraz Mazowiecki Zarząd Wojewódzki Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej, pomimo zawarcia w tych ofertach błędu w obliczeniu ceny polegającego na zastosowaniu wadliwej stawki podatku VAT – 0 %, zamiast obowiązującej – „zwolniony”.
4. Art. 87 ust. 2 pkt 3 – poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy Zamawiający mając wszelkie dane umożliwiające poprawienie oferty Mazowieckiego Zarządu Wojewódzkiego Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej, zobowiązany był do jego zastosowania.
5. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także naruszenie art. 5 i 58 § 1 i 2 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 pzp – poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Dokonania czynności badania i oceny ofert.
3. Poprawienia oferty Mazowieckiego Zarządu Wojewódzkiego Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej w zakresie nieuwzględnionych godzin (3 godziny) świadczonych usług na podstawie podanej w ofercie cenowej ceny jednostkowej.
4. Odrzucenia ofert Wykonawców: Fundacja Zdrowie oraz Mazowiecki Zarząd Wojewódzki Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej, a w konsekwencji wykluczenie tych Wykonawców.
5. Dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący podał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania:

Pomimo stanowiska Zamawiającego opisane w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania uchybienie Wykonawcy nie powinno mieć jakiegokolwiek wpływu na możliwość oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, a tym bardziej – nie może ono stanowić podstawy do jego unieważnienia. Po pierwsze – Zamawiający wadliwie unieważniając postępowanie nie wykazał, o jaką podstawę prawną oparł swoje działanie. Tymczasem jak to wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej również

zwanej „KIO”) z 17 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1064/08): (...) *decyzja zamawiającego nie zawiera uzasadnienia prawnego, ponieważ samo wskazanie nieważności umowy poprzez art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. bez wskazania dyspozycji nieważności z art. 146 ust. 1 p.z.p., który zawiera nieograniczony katalog podstaw prawnych, nie stanowi wypełnienia dyspozycji art. 93 ust. 3 p.z.p.* Po drugie – Zamawiający, mimo iż miał taką możliwość i obowiązek – nie wykorzystał jakichkolwiek narzędzi prawnych aby tzw. „omyłkę literową” konwalidować. Biorąc zaś pod uwagę, że wykonawcy w formularzu ofertowym zobowiązani byli do podania ceny jednostkowej za 1 godzinę świadczonych usług, poprawienie oferty Wykonawcy nie wymagało ze strony Zamawiającego żadnych skomplikowanych obliczeń. Jedyne, co winien był zgodnie z ustawą zrobić, to dokonać prostej czynności mnożenia ilości faktycznie wymaganych godzin i ceny jednostkowej zaoferowanej przez Wykonawcę. Jak to bowiem wskazano w wyroku KIO z 3 marca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 134/08): *Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć zastosowanie jedynie, w przypadku gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, iż pomiędzy wadliwością postępowania a nieważnością umowy musi istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę.* Przesłanki te nie zostały spełnione.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób precyzyjny i obszerny opisał przedmiot zamówienia. Wielokrotnie w s.i.w.z. wskazuje, iż ma zamiar zlecić wykonanie usługi w liczbie szacunkowej godzin 136 083 (wartość prawidłowa). Zapisy takie znajdują się w co najmniej trzech miejscach s.i.w.z., w tym: (1) w załączniku nr 6, w którym wskazano szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (str. 25 s.i.w.z.); (2) w pkt 12.1 s.i.w.z., w opisie sposobu obliczenia ceny oferty (str. 8 s.i.w.z.), (3) w § 1 ust. 4 załącznika nr 5 – *Projekt umowy* (str. 20 s.i.w.z.). Zamawiający określił w pkt. 12.1 s.i.w.z., iż ceną oferty jest cena za realizację całości zamówienia przy założeniu realizacji 136 083 godzin. Takie też założenie winien przyjąć Wykonawca sporządzając ofertę. W swej cenie mógł on także przecież zawrzeć różnego rodzaju upusty czy też rabaty, albowiem ocenie podlegała cena za realizację całości zamówienia, a nie cena jednostkowa za godzinę pracy Wykonawcy. Tym bardziej, że w pkt. 12.6 s.i.w.z. Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest skalkulować cenę oferty tak, aby obejmowała wszystkie koszty, jakie poniesione będą przy realizacji zamówienia, w tym również koszty dojazdu osób świadczących usługi, koszty ubezpieczenia itp. W zamówieniach publicznych, których przedmiotem są tak specyficzne

usługi nie sposób jest precyzyjnie co do godziny określić jaką ilość pracy *de facto* ostatecznie zleci się wykonawcy.

Używając nomenklatury Zamawiającego tzw. „omyłka literowa” nie ma absolutnie żadnego znaczenia w niniejszym przypadku, bowiem pomyłka wykonawcy dotyczy 3 godzin (słownie 3 godzin) o całkowitej wartości obliczonej na podstawie oferty wykonawcy na kwotę 36 złotych, przy wartości złożonej oferty liczonej w milionach złotych. Brak jest także jakichkolwiek podstaw prawnych do niedokonania czynności poprawienia omyłek w ofercie Wykonawcy, której to czynności Zamawiający tylko z sobie znanych przyczyn zaniechał. Katalog podstaw prawnych zawarty w art. 87 pzp jest na tyle szeroki, iż pozwala on w niniejszym postępowaniu poprawić ofertę poprzez uznanie, iż w jednej z ofert nastąpiła omyłka rachunkowa czy też inna omyłka. Z ostrożności, gdyby nawet przyjąć, że ww. omyłka nie stanowi omyłki rachunkowej, Zamawiający miał możliwość (i obowiązek) jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp. Wskazać bowiem należy, iż Wykonawca – Mazowiecki Zarząd Wojewódzki Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej w pkt. 7 Formularza ofertowego zobowiązał się – w przypadku wyboru jego oferty – do podpisania umowy wg projektu stanowiącego załącznik nr 5 do s.i.w.z. z uwzględnieniem zaproponowanych danych ofertowych, w terminie i miejscu zaproponowanym przez Zamawiającego. Tymczasem, jak już wskazano wyżej, § 1 ust. 4 wzoru umowy, stanowi, że *całkowita, przewidywana ilość godzin świadczonych usług wynosi 136 083*. Zatem Zamawiający określił sztywno we wzorze umowy zakres (ilość godzin) zamówienia, a jednocześnie wykonawca wyraźnie zobowiązał się do podpisania umowy w kształcie przygotowanym przez Zamawiającego, zgodnie z załączonym wzorem umowy. KIO w wyroku z 8 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 531/09) podniosła, iż: *ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (istotne zmiany) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty*. Jak wynika z przyjętej linii orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, istotne znaczenie w kontekście poprawiania „innych omyłek” ma fakt, iż oferta stanowi oświadczenie woli składającego ją wykonawcy. Sens takiego oświadczenia powinien być odczytywany z uwzględnieniem okoliczności, kontekstu, a także celu jego złożenia. Ważnym jest również to, by zamawiający był w stanie poprawić taką omyłkę bez udziału wykonawcy. Wszystkie z powyżej przytoczonych przesłanek zachodzą w niniejszej sprawie. Nie jest rolą Odwołującego wskazywanie Zamawiającemu podstaw prawnych do konwalidowania uchybień, jednak z całą stanowczością należy wskazać, iż jakiegokolwiek działanie

Sygn. akt KIO 2660/11

Zamawiającego nie doprowadzi do istotnych zmian w ofercie. Poprawienie oferty nie doprowadzi do sytuacji, iż stanie się ona najkorzystniejsza cenowo, dalej będzie to bowiem oferta najdroższa.

Prawdopodobnie poprawienie oferty Wykonawcy Mazowiecki Zarząd Wojewódzki Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej i tak nie pozwoli na uznanie, iż oferta ta została skutecznie złożona (choć ustawa pzp takowego zwolnienia w przypadku poprawiania oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 nie przewiduje). Oferta tego Wykonawcy oraz Fundacji Zdrowie zawierają bowiem błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu wadliwej stawki podatku VAT – 0 %, zamiast prawidłowej stawki – „zwolniony”. Są to dwie różne stawki podatkowe, których zastosowanie rodzi różne konsekwencje formalnoprawne. Pomimo rozbieżności w dotychczasowym orzecznictwie KIO, w chwili obecnej w świetle uchwał Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r. (III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11) takie działanie Wykonawcy stanowi błąd w obliczeniu ceny i winno skutkować wyeliminowaniem wskazanych wykonawców z postępowania.

Odwołujący wskazał także, iż Zamawiający wszczął już kolejne postępowanie w niniejszym przedmiocie, nie czekając na upływ terminów do wniesieni odwołania od swojej decyzji, narażając się na zarzuty naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

16 grudnia 2011 r. do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła drogą faksową odpowiedź na odwołanie Zamawiającego (odpisy został przekazane Odwołującemu i Uczestnikom na rozprawie) – wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż zamieścił błędny zapis w pkt. 3.3 s.i.w.z. oraz w obu ogłoszeniach o zamówieniu dotyczący całkowitej przewidywanej liczby godzin, tj. 136080, a nie 136083, co spowodowało, że jeden z Wykonawców nie mógł złożyć ważnej niepodlegającej odrzuceniu oferty, a Zamawiający nie mógł jej ocenić. Oferty nie mogły zostać właściwie ocenione, a Zamawiający nie mógł poprawić ilości godzin będących podstawą do obliczenia ceny ofertowej brutto w ofercie Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp zamawiający może poprawić tylko *omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty*, podczas gdy w tym przypadku błąd został popełniony nie przez Wykonawcę, a przez Zamawiającego w s.i.w.z. i obu ogłoszeniach. Zamawiający nie miał zatem żadnej podstawy prwnej do poprawienia ceny ofertowej brutto, ponieważ dokonywanie ewentualnych poprawek w ofercie nie można nazwać ani niezgodnymi z postanowieniami s.i.w.z., ani zmianami nieistotnymi. Zamawiający uznałby za

zasadne dokonywanie poprawek tylko w przypadku, gdyby pomyłkę taką zrobił Wykonawca, a zapisy w całej s.i.w.z. byłyby zgodne – umożliwiałyby to zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Zamawiający zajął także stanowisko, iż również bezzasadne jest żądanie odrzucenia ofert Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej i Fundacji Zdrowie z powodu zawarcia w tych ofertach wadliwej stawki podatku VAT, ponieważ błąd ten nie ma żadnego wpływu na cenę ofertową brutto. Gdyby Zamawiający dokonywał w tym postępowaniu oceny ofert uznałby w tym przypadku zasadność wezwania Fundacji Zdrowie i Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej do udzielenia wyjaśnień i następnie poprawiłby ten błąd na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego 13 grudnia 2011 r. (wraz z przekazaniem kopii odwołania) pozostałych wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły następujące zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- 15 grudnia 2011 r. – Fundacji „ZDROWIE” z siedzibą w Warszawie;
- 16 grudnia 2011 r. – Agencji Służby Społecznej B. Kościelak spółki jawnej z siedzibą w Warszawie;
- 20 grudnia 2011 r. (pismem z 15 grudnia 2011 r.) – Mazowieckiego Zarządu Wojewódzkiego Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej z siedzibą w Warszawie.

Izba na podstawie przepisu art. 185 ust. 4 pzp oddaliła opozycję przeciwko przystąpieniu do postępowania odwoławczego Fundacji „ZDROWIE” i Agencji Służby Społecznej B. Kościelak sp. j., gdyż Odwołujący zgłaszając opozycję nie uprawdopodobnił, że wskazani Wykonawcy nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, po stronie którego zgłosili przystąpienie. Skład orzekający uznał także, iż Fundacja „ZDROWIE” przez wskazanie w treści zgłoszenia, iż wnosi o oddalenie odwołania, w sposób wystarczający wyraził wolę przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba zważyła, iż interes jakim ma się legitymować zgłaszający przystąpienie (art. 185 ust. 2) jest odrębną kategorią prawną od interesu w uzyskaniu zamówienia, którym musi się legitymować wnoszący odwołanie lub skargę (art. 179 ust. 1 pzp). Nie ma w szczególności podstaw do ustalania istnienia tego interesu ściśle przez pryzmat możliwości uzyskania zamówienia, skoro z przepisu wynika, iż może to być jakakolwiek korzyść przystępującego z rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego. W

niniejszej sprawie może nią być nawet większa szansa na uzyskanie zamówienia w kolejnym postępowaniu dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe oraz fakt zgłoszenia przez tych dwóch Wykonawców przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie znalazła podstaw do niedopuszczenia Fundacji „ZDROWIE” i Agencji Służby Społecznej B. Kościelak sp. j. do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego jako uczestników tego postępowania (Przystępujących). Izba nie dopuściła natomiast do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego Mazowieckiego Zarządu Wojewódzkiego Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej, z uwagi na zgłoszenie przystąpienia z przekroczeniem 3-dniowego nieprzywracanego terminu, który upłynął 16 grudnia 2011 r.

Przystępujący w pismach zgłaszających przystąpienie podnieśli następujące argumenty przemawiające za oddaleniem odwołania, wykraczające ponad lub uzupełniające argumentację Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie.

Fundacja „ZDROWIE”, podzielając stanowisko Zamawiającego, wskazała także, iż nie ma znaczenia o ile godzin i na jaką kwotę nastąpiła pomyłka. O tym, że postępowanie obarczone jest nieusuwalną wadą przesądza to, że wykonawcy przystępujący do przetargu mogli podać błędną ofertę cenową w oparciu o dane zawarte w s.i.w.z., co też miało miejsce. Podanie przez Przystępującego zerowej stawki podatku VAT nie powoduje skutków dla Zamawiającego, a także nie miało znaczenia dla obliczenia ceny ofertowej i nie miało wpływu na wartość cenową przedmiotu przetargu.

Agencja Służby Społecznej B. Kościelak sp. j. zwróciła uwagę na to, iż pomimo wpłynięcia do Zamawiającego szeregu pytań do s.i.w.z., na które sukcesywnie udzielał odpowiedzi (9, 15, 17, 18 i 24 listopada 2011 r.), to żadne z pytań nie dotyczyło szacunkowej ilości godzin. Zamawiający dokonywał także trzykrotnie zmiany treści ogłoszenia (17, 18 i 21-24 listopada 2011 r.) oraz dwukrotnie zmiany treści s.i.w.z. (17 i 18 listopada 2011 r.), jednakże zmiany te nie dotyczyły sprecyzowania szacunkowej liczby godzin, nadal były to dwie różne wartości: 136080 i 136083 godzin. W postępowaniu do końca nie było wiadomo, czy wiążąca jest ilość godzin usług opiekuńczych będących przedmiotem zamówienia wyrażona liczbą 136080, na co wskazywało ogłoszenie oraz pkt 3.3 s.i.w.z., czy ilość godzin tych usług wyrażona liczbą 138083, na co wskazywał pkt. 12.1 s.i.w.z. oraz załączniki nr 5 i 6 so s.i.w.z. Rozbieżności te budziły wątpliwość jak należy prawidłowo wypełnić formularz oferty (załącznik nr 3 do s.i.w.z.) oraz przedstawić oferowaną cenę za realizację całości

zamówienia, oraz jak poprawnie skalkulować cenę oferty tak, aby obejmowała wszystkie koszty, jakie poniesione będą przy realizacji zamówienia, w tym również koszt dojazdu osób świadczących usługi, koszt ubezpieczenia, itp. Przystępujący wskazał także, iż choć różnica 3 godzin wydaje się nieznaczna, to mogła mieć wpływ przy ustalaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Każdy wykonawca zobowiązany był bowiem wykazać, iż wykonał lub wykonuje co najmniej dwa zamówienia w zakresie świadczenia usług opiekuńczych, z zastrzeżeniem, iż zamówienia muszą mieć charakter oraz wartość porównywalną z charakterem i wartością niniejszego zamówienia, którą Zamawiający zdefiniował jako wartość zrealizowanych usług (w ramach dwóch oddzielnych umów), stanowiąca nie mniej niż 70% ceny ofertowej każda. Również przy szacowaniu kosztów ubezpieczenia już jedna jednostka mniej lub więcej może znacznie zróżnicować koszty ubezpieczenia, jakie będzie ponosił wykonawca.

Odnośnie drugiego zarzutu odwołania Przystępujący wskazał, iż ponieważ w przypadku usług opiekuńczych obowiązuje zwolnienie podatkowe, wpisanie cyfry „0” zamiast „zw.” nie miało żadnego znaczenia w podaniu cen brutto i netto, gdyż w tym przypadku cena netto = cenie brutto. Ponadto Przystępujący podniósł, iż w orzecznictwie KIO wykształcił się pogląd, iż zastosowanie błędnej stawki podatkowej nie stanowi błędu w obliczeniu ceny (wskazując sygnatury kilkunastu wyroków KIO).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Uczestnicy podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestników zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do

wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się takim interesem, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, co stwarza mu realną szansę na uzyskanie zamówienia w razie potwierdzenia się zarzutów odwołania zmierzających do anulowania unieważnienia postępowania. Jednocześnie decyzja podjęta przez Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z tytułu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., ofert złożonych przez wszystkich 4 wykonawców, a także z protokołu z otwarcia ofert oraz wniosku o wszczęcie postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Skład orzekający Izby ustalił, iż niesporne między stronami są ukazane powyżej za odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie i przystąpieniami okoliczności faktyczne dotyczące miejsc wystąpienia rozbieżności podania całkowitej liczby godzin w dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec wprowadzenia nowelizacją z 2 grudnia 2009 r. zmian w przepisach dotyczących nieważności umów w sprawie zamówienia publicznego, w pierwszej kolejności Izba rozważyła, czy w aktualnym stanie prawnym zamawiający są uprawnieni przy unieważnieniu prowadzonych postępowań na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp do powoływania się na wady postępowania, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z aktualnego brzmienia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp wynika bowiem, iż zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia

zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Wskazać przy tym należy, iż przywołana nowelizacja wprowadziła istotne *novum* w przepisach dotyczących umów w sprawie zamówień publicznych, polegającą na przyjęciu w miejsce instytucji bezwzględnej nieważności umowy, potwierdzanej jedynie deklaratoryjnym orzeczeniem sądu – instytucję względnej nieważności umowy, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu jej zawarcia, to mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny. Kolejną istotną zmianą jest wprowadzone nowelizacją brzmienie art. 146 ust. 1 pzp, który w poprzednim stanie prawnym w pkt. 5 i 6 określał przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy (pkt. 5) albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (pkt 5). W aktualnie obowiązującym brzmieniu art. 146 ust. 1 pzp w pkt. od 1 do 6 wskazano wyłącznie przyczyny sprecyzowane wąsko i konkretnie (dotyczące: bezpodstawnego zastosowania niektórych trybów, braku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcia umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów *standstill*, określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów), którymi nawet w drodze wykładni rozszerzającej nie sposób objąć wadliwości innych czynności lub zaniechań zamawiających. Mogłoby to prowadzić do wniosku, iż w aktualnym stanie prawnym zamawiający nie mogą unieważniać postępowania w przypadku stwierdzenia, z własnej inicjatywy, czy też na skutek wskazania przez inne podmioty, nawet bardzo poważnych uchybień, nieobjętych jednak dyspozycją żadnego z sześciu punktów art. 146 ust. 1 pzp, niezależnie od tego, czy mają one charakter nieusuwalny. W konsekwencji zamawiający musieliby dalej prowadzić wszczęte postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, która byłaby, wobec zmiany konstrukcji nieważności, ważna i skuteczna, przynajmniej do czasu stwierdzenia jej nieważności stosownym orzeczeniem. Wniosek taki byłby o tyle uprawniony, że aktualnie obowiązujący art. 146 pzp zawiera w ust. 6 nowy przepis o charakterze klauzuli generalnej dotyczący unieważniania umowy – przewidujący jednak wyłączną kompetencję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Poza ograniczeniem podmiotowym legitymacji czynnej do żądania unieważnienia umowy wyłącznie do Prezesa UZP, a więc z pominięciem zamawiających, zwraca uwagę szerszy przedmiotowo, w stosunku do poprzednio obowiązujących przepisów art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6,

nawet łącznie rozważanych, zakres zastosowania nowego przepisu – aktualnie wystarczającym jest by wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na jego wynik. Można by zatem wysnuć dalszy wniosek, że zamawiający zawierający umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo świadomości przeprowadzenia postępowania obarczonego tego typu poważnymi wadami, skazani są na stan niepewności prawnej i oczekiwania na to, czy Prezes UZP wystąpi do sądu o stwierdzenie nieważności zawartej umowy. Stanowisko takie wydaje się trudne do zaakceptowania ze względów praktycznych, gdyż prowadziłyby do generalnego przyzwolenia na zawieranie umów, które mogłyby podlegać późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, choć stwierdzenie okoliczności skutkujących unieważnieniem tych umów było możliwe, czy nawet nastąpiło jeszcze przed ich zawarciem. Skład orzekający Izby wyraża pogląd, iż zamawiający unieważniając postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp są uprawnieni do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy, określonych w art. 146 ust. 1 pzp, ale mogą i powinni brać również pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w dyspozycji przepisu art. 146 ust. 6 pzp. Zdaniem składu orzekającego Izby przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie powinno ograniczać możliwości zamawiających niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, iż jest ono obarczone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, choć wykraczającymi poza dyspozycje przepisów art. 146 ust. 1 pkt 1-6 pzp.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby rozważył, wobec pozytywnej odpowiedzi na pierwsze pytanie, czy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu ustawy pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Zdaniem składu orzekającego ustawa pzp nie daje bowiem możliwości powołania się na inne podstawy unieważnienia umowy, niż te wynikające z jej przepisów. Wskazuje na to już zarysowana powyżej odrębność instytucji podlegania umowy unieważnieniu (tzw. nieważności względnej) od stwierdzenia nieważności umowy (tzw. nieważności bezwzględnej), np. w trybie art. 189 kodeksu postępowania cywilnego. Nadto, choć przepis art. 146 ust. 5 pzp przyznaje zamawiającym możliwość żądania unieważnienia umowy na podstawie kodeksu cywilnego, to ogranicza ją do przepisu art. 70⁵ kc, dotyczącego przesłanki wpływu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami na wynik przetargu przez jego uczestnika lub osobę działającą z nim w porozumieniu. Przede wszystkim jednak *de lege lata*, wskazana w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp podstawa

unieważnienia postępowania, odsyła wprost do instytucji podlegania umowy unieważnieniu, a nie instytucji stwierdzenia nieważności umowy, jak to było w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Zatem skoro Zamawiający nie wskazał niemożliwej do usunięcia wady, która powodowałaby zawarcie umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie katalogu przesłanek wskazanych w art. 146 ust. 1 pzp, co w okolicznościach niniejszej sprawy było rzeczywiście obiektywnie niemożliwe, obowiązany był wykazać zajście przesłanek opisanych w przepisie art. 146 ust. 6 pzp. W ocenie składu orzekającego Izby, choć przepis art. 146 ust. 6 pzp zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, iż zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest bowiem, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Nie można także zupełnie pominąć okoliczności, iż w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę, zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia przepisów art. 146 pzp, dla zamawiających znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się przez nich na inne, niż wskazane w art. 146 ust. 1 pzp, podstawy podlegania umowy unieważnieniu. Truizmem jest stwierdzenie, iż w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych zamawiający popełniają błędy, naruszając przy tym przepisy ustawy pzp. Tym bardziej niedopuszczalna jest zatem wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6 pzp, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie. Stąd stwierdzona przez zamawiających wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Tymczasem w ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie Zamawiający nie był w stanie wskazać jaki przepis ustawy pzp naruszyły jego czynności związane z ukształtowaniem treści ogłoszenia o zamówieniu i obowiązującej w postępowaniu s.i.w.z. W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający ograniczył się przy wskazaniu

podstawy prawnej jedynie do samego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, natomiast ze wskazania podstawy faktycznej nie wynika jaki przepis ustawy pzp, zdaniem Zamawiającego, został naruszony w związku z powstaniem „błędu literowego” w s.i.w.z. polegającego na podaniu, jako przewidywanej ilości godzin świadczonych usług, liczby 136080 – zamiast 136083. Z odpowiedzi na odwołanie wynika, iż miało to spowodować niemożność złożenia przez Mazowiecki Zarząd Wojewódzki Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej ważnej oferty, niepodlegającej odrzuceniu. Prowadziłoby to do paradoksalnego wniosku, iż wada postępowania miałaby polegać na tym, iż oferta złożona przez tego Wykonawcę podlega odrzuceniu. Natomiast konsekwentnie Zamawiający podnosił, iż nie mógł oceniać ofert, nie wskazując jednak żadnego przepisu, który miałby to uniemożliwiać, negując jedynie w odpowiedzi na odwołanie możliwość poprawienia ceny tej oferty w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp.

Na rozprawie Zamawiający znacząco uzupełnił i zmodyfikował swoje stanowisko, po raz pierwszy wskazując, iż podstawę prawną do unieważnienia umowy upatruje w przepisie art. 146 ust. 5 pzp, który odsyła do przepisu art. 70⁵ kc, jako niezależnej i samoistnej przesłanki w stosunku do przyczyn wynikających z art. 146 ust. 1 i 6 pzp. Zamawiający podniósł, iż art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp formułuje obligatoryjny nakaz unieważnienia postępowania w przypadku zajścia przesłanek w nim opisanych. Po pierwsze – musi istnieć wada, która polegała w tym przypadku na tym, iż w ogłoszeniu i s.i.w.z. zamieszczono dwie rozbieżne liczby godzin. Spowodowało to złożenie ofert opiewających na różne liczby godzin, co nie pozwoliłoby na wybranie żadnej z tych ofert, jako nieporównywalnych. Po drugie – nieusuwalność powstałej wady postępowania wynika z tego, iż żaden z przepisów pzp nie pozwala na poprawienie którejkolwiek spośród ofert, które zawierają różną liczbę godzin wskutek błędu samego Zamawiającego. Odmienne niż w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wskazał, iż ważna jest każda z tych ofert, gdyż każda z nich jest zgodna z którymś z postanowień s.i.w.z. lub ogłoszenia. W tej sytuacji prowadzenie procedury wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, czy też sugerowane przez Odwołującego poprawienie oferty w trybie 87 ust. 2 pkt 3 – doprowadziłoby w rezultacie do prowadzenia niedopuszczalnych z mocy art. 87 ust. 1 zd. 2. negocjacji dotyczących złożonej oferty lub zmiany jej treści. Po trzecie – wada ta nie pozwala w ogóle na zawarcie umowy, gdyż nie można wskazać kto po stronie wykonawczej miałby być jej stroną. Natomiast zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 70⁵ kc, tj. z powodu wpłynięcia przez jedną ze stron na wynik przetargu w sposób sprzeczny z prawem, gdyż w tym przypadku takim działaniem ze strony Zamawiającego byłoby poprawienie ofert, które nie znajduje oparcia w

regulacji pzp. Zamawiający powołał się także na wyrok SN z 21 listopada 2003 r. (sygn. akt V CK 12/03), z którego wynika, iż działania naruszające bezwzględnie obowiązujące normy prawa publicznego mieszczą się w przesłance z art. 70⁵ – w tym przypadku takim działaniem byłoby dowolne, bez podstawy prawnej, poprawienie liczby godzin przez Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby również nowa argumentacja Zamawiającego, pomijając nawet okoliczność, iż nie została uzewnętrzniona w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, nie pozwala na stwierdzenie zasadności unieważnienia postępowania. Przede wszystkim w niniejszej sprawie nie zachodzi możliwość odwołania się do przepisu art. 70⁵ kc, jako uzasadniającego unieważnienie umowy zawartej w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. Po pierwsze, przepis art. 146 ust. 5 pzp przyznaje jedynie zamawiającemu legitymację do żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ kc, co wydaje się sprowadzać możliwość korzystania z tego przepisu jedynie do sytuacji, gdy to wykonawca lub osoba działająca w porozumieniu z nim wpłynęła na wynik przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Tymczasem Zamawiający na rozprawie wskazywał, iż to jego działanie, polegające na uznaniowym poprawianiu oferty bez podstawy prawnej w pzp, stanowiłoby niedopuszczalne wpłynięcie na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Po drugie, nawet uznając możliwość potencjalnego zaistnienia sytuacji, w której zamawiający żąda unieważnienia umowy, powołując się na swoje bezprawne działania – w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie sposób byłoby stwierdzić wpływu podwyższenia ceny i tak najdroższej oferty na wynik przetargu ogłoszonego przez Zamawiającego. Po trzecie, nie można mówić o zgodności wszystkich złożonych ofert z treścią s.i.w.z., gdyż w niniejszej sprawie nie ma wątpliwości, że treścią oświadczenia woli Zamawiającego było udzielenie zamówienia na maksymalnie 136083 godzin usług, o czym szerzej poniżej.

Przede wszystkim jednak, wbrew stanowisku Zamawiającego i Przystępujących, w postępowaniu nie doszło do powstania nieusuwalnej wady, ani na etapie przed składaniem ofert, ani po złożeniu 4 ofert, z których jedna opiewała na liczbę godzin wynikającą z ogłoszenia, a pozostałe na liczbę godzin przeważnie wskazywaną w s.i.w.z. Można jedynie hipotetycznie założyć, iż gdyby Zamawiający unieważnił postępowanie przed otwarciem ofert, to czynność ta mogłaby się ostać z powodu braku wniesienia odwołania. W ocenie składu orzekającego Izby niewątpliwy błąd Zamawiającego, polegający na podaniu dwóch różnych liczb godzin dla określenia maksymalnego zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia – nie stoi na przeszkodzie kontynuowaniu postępowania. Zamawiający pochopnie stwierdził nieusuwalność wady swego postępowania, na podstawie złożonych

ofert, bez wszechstronnego rozważenia wszystkich okoliczności. Niewątpliwie rozbieżność w opisie przedmiotu zamówienia, w tym w jego określeniu ilościowym, może stanowić poważną wadę. Jednak w niniejszej sprawie chodzi o bardzo znikomą rozbieżność, w dodatku wiadomo dokładnie jaką – 3 godziny w stosunku do ponad stu tysięcy godzin. Skład orzekający Izby nie daje wiary, iż taka różnica mogła dla jakiegokolwiek wykonawcy potencjalnie zainteresowanego udziałem w postępowaniu stanowić czynnik przesądzający o tym, czy weźmie w nim udział. Natomiast zdaniem składu orzekającego Izby, pomimo rozbieżności w dokumentach postępowania, obiektywnie wiadomo, że właściwą liczbą godzin było 136083. Zamawiający nigdy tego nie kwestionował, taka liczba godzin została już wpisana w wewnętrznym wniosku o wszczęcie postępowania, również w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania wskazał jako błędną liczbę 126080 podaną w pkt. 3.3 s.i.w.z. Nawet jeżeli ta błędna liczba pojawiła się jeszcze w ogłoszeniu o zamówieniu, to zarówno ogłoszenie, jak i pkt. 3.3 s.i.w.z. stanowią informacje wstępne (odpowiednio w ramach postępowania lub w ramach dokumentu s.i.w.z., które następnie (odpowiednio chronologicznie lub według układu dokumentu s.i.w.z. i hierarchii jej treści) – zostały konsekwentnie uszczegółowione, po pierwsze – w załączniku nr 6 do s.i.w.z., do którego odsyła pkt. 3.7 s.i.w.z., jako zawierającego opis przedmiotu zamówienia (wskazano jako całkowitą przewidywaną ilość godzin świadczonych usług 136083 godzin), po drugie – w opisie sposobu obliczenia ceny oferty (nakazano założenie realizacji 136083 godzin), po trzecie – w załączniku nr 5 do s.i.w.z. zawierającym wzór umowy (ponownie wskazano, iż całkowita przewidywana ilość godzin świadczonych usług wynosi 136083). Również zatem wykonawcy przygotowując oferty mogli przy dołożeniu należytej staranności ustalić właściwą liczbę godzin, krok po kroku, poczynając od zapoznania się z ogłoszeniem, poprzez początkową treść s.i.w.z., przechodząc do uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia, a skończywszy na postanowieniach bezpośrednio dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty i warunków umowy, na których Zamawiający wymaga zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wbrew deklaracjom Przystępujących, treść złożonych przez nich ofert świadczy o tym, iż byli oni w stanie bez problemu ustalić, jak prawidłowo wypełnić formularz oferty, jak obliczyć cenę oferty i jaki jest zakres ilościowy przedmiotu zamówienia.

Jedynie Wykonawca Mazowiecki Zarząd Wojewódzki Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej, któremu nie udało się również skutecznie przystąpić do postępowania odwoławczego, złożył ofertę z ceną obliczoną dla 136080 godzin. Co ciekawe, było to bezsporne w toku postępowania odwoławczego, choć w formularzu oferty, sporządzonym na druku przygotowanym przez Zamawiającego (załącznik nr 3 do s.i.w.z.), brak wpisanej liczby

godzin, jest natomiast określona cena jednej godziny. Oznacza to, że wszyscy uczestnicy postępowania odwoławczego nie mieli żadnych wątpliwości, iż prawidłowo została określona stawka godzinowa w tej ofercie, a podana cena oferty podzielona przez nią wskazuje na nieprawidłową liczbę 136080 godzin. Zważając nadto, iż w formularzu oferty Mazowieckiego Zarządu Wojewódzkiego Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej znajduje się oświadczenie, iż w przypadku wyboru jego oferty zobowiązuje się do podpisania umowy według projektu stanowiącego załącznik nr 5 do s.i.w.z., który wskazuje przecież liczbę 136083 godzin – można w przypadku tego Wykonawcy mówić o złożeniu wewnątrznie sprzecznego oświadczenia woli, a nie o jednoznacznym złożeniu oferty na zaniżoną liczbę godzin. Tym bardziej uzasadnia to podjęcie przez Zamawiającego w toku badania tej oferty dopuszczonych z mocy art. 87 ust. 1 i 2 ustawy pzp działań, w celu usunięcia powstałej sprzeczności, która nie jest istotna, a wręcz nieznaczna. Skoro od początku było jasne dla wszystkich uczestników postępowania, iż właściwa jest stawka godzinowa w tej ofercie, niezrozumiała jest obawa Zamawiającego o narażenie się na zarzut prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji z Mazowieckim Zarządem Wojewódzkim Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej. Z kolei ewentualna zmiana treści tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp jest jak najbardziej dopuszczalna i w żaden sposób nie stanowi naruszenia praw tego Wykonawcy. Jeżeli rzeczywiście okaże się, iż był on od początku wyłącznie zainteresowany realizacją maksymalnie 1360860 godzin i ani godziny więcej, to nie ma obaw o narzucenie mu swej woli przez Zamawiającego, gdyż może nie wyrazić zgody na poprawienie swojej oferty przez podwyższenie ceny oferty o 36 zł. Jest to z kolei oczywisty i jedyny narzucający się w tych okolicznościach sposób poprawienia tej oferty. Gdyby nie niedokładności w dokumentach przygotowanych przez Zamawiającego, nie doszłoby zapewne do popełnienia tej omyłki przy sporządzaniu oferty. Między innymi w takiej sytuacji, kiedy do powstania omyłki przyczynił się Zamawiający i nie można jej przypisać przymiotu oczywistości, przepis art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp znajduje w pełni zastosowanie, będąc wyjątkiem od zakazu zmiany treści oferty.

W okolicznościach niniejszej sprawy brak jest zatem prawnych możliwości dla uchylenia się przez Zamawiającego od dokonania oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz badania złożonych ofert pod kątem zgodności ich treści z treścią s.i.w.z., ukształtowaną przez Zamawiającego w ten, a nie inny sposób, do której wszyscy wykonawcy mieli dostęp na równych zasadach – a następnie skonfrontowania uzewnętrznionego wyniku tego badania ze stanowiskiem zainteresowanych uzyskaniem zamówienia wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

W toku postępowania odwoławczego niesporna była między Stronami okoliczność braku podjęcia przez Zamawiającego jakichkolwiek czynności związanych z badaniem ofert, poza ustaleniami, które były asumptem do unieważnienia postępowania następnego dnia po złożeniu ofert. Izba zważyła, iż w tych okolicznościach drugi zarzut odwołania, związany z przyjęciem nieprawidłowych stawek podatku VAT w dwóch ofertach, nie może być rozpatrzony, gdyż jest przedwczesny. Nie można jeszcze bowiem stwierdzić, czy Zamawiający zaniechał czynności wnioskowanych przez Odwołującego, skoro Zamawiający w ogóle nie doszedł do tego etapu postępowania. W tym zakresie skład orzekający Izby podzielił stanowisko Zamawiającego wyrażone na rozprawie, uznając odpowiedź na odwołanie w tym zakresie za przedwczesne wdanie się w spór z Odwołującym.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), a także koszty dojazdu pełnomocnika na wyznaczone posiedzenie Izby na trasie Szczecin-Warszawa-Szczecin, na podstawie wydruków biletów kolejowych z internetowego systemu rezerwacji – a zatem zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: