

WYROK
z dnia 24 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2017 r. przez wykonawcę: **B. I. SE Spółka europejska, Oddział w (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **S. P. Z. O. Z. W. S. Z. w (...)**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: S. P. Z. O. Z. W. S. Z. w (...)** unieważnienie: czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: **B. I. S. Spółka europejska, Oddział (...)** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **S. P. Z. O. Z. W. S. Z. w (...)**, i:
 - 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **B. I. S. Spółka europejska, Oddział w (...)**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 1.2. zasądza od zamawiającego: **S. P. Z. O. Z. W. S. Z. w (...)** na rzecz wykonawcy: **B. I. . Spółka europejska, Oddział w (...)** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 482/17

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „*usługi ubezpieczeniowe*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 lutego 2017 r. pod numerem 23607-2017.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego pomimo, że przedmiot oferty Odwołującego w pełni odpowiada przedstawionym w SIWZ wymaganiom, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp;
- 2) zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty pomimo, że Zamawiający miał taką możliwość, a wyjaśnienia Odwołującego rozwiałyby wątpliwości Zamawiającego, ostatecznie przesądzając o zgodności jego oferty z treścią SIWZ, co stanowi naruszenie 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp;
- 3) zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, że oferta ww. wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy Pzp;
- 4) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez PZU pomimo, że to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w postępowaniu, a niepodlegających odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty PZU,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu,
- 3) w razie potrzeby wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
- 4) wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Odwołującego,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że pismem z dnia 8 marca 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty i wyborze jako najkorzystniejszej oferty PZU. W uzasadnieniu odrzucenia, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający powołał się na niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ, a konkretnie na treść Rozdziału 1 Ogólnych Warunków Ubezpieczenia (dalej „OWU”), punkt 1.1. postanowień ogólnych, zgodnie z którym: *„Ogólne warunki ubezpieczenia Biznes Pakiet, zwane dalej „OWU”, mają zastosowanie do umów ubezpieczenia zawieranych przez B. I. S. w przedsiębiorcami którzy spełniają łącznie następujące warunki:*

- a) *posiadają mienie o łącznej wartości (we wszystkich lokalizacjach) nieprzekraczającej*

20 000 000 PLN,

- b) w ostatnim roku obrotowym osiągnęli roczny przychód netto nieprzekraczający 20 000 000 PLN”.

Dalej Odwołujący podał, że Zamawiający wskazał, iż:

„Zamawiający wyraźnie, w punkcie IX Załącznika nr 5 do SIWZ - Specyfikacja Warunków Ubezpieczenia, wskazał, że osiągnięta przez niego wartość rocznej sprzedaży wg stanu na dzień 31.12.2016 r. wyniosła 231 747 500,00 PLN. Przewidywana wartość rocznej sprzedaży na następny dwunastomiesięczny okres ubezpieczenia: 231 800 000,00 PLN.

Zamawiający określając w SIWZ (punkt X Załącznika nr 5) sumy ubezpieczenia dla każdego okresu rozliczeniowego wskazał również następujące wartości:

- a) środki trwałe wg wartości księgowej brutto: 69 281 340,71 PLN, w tym:
- budynki 46 532 033,81 PLN;
 - budowle 6 246 875,81 PLN;
 - maszyny i urządzenia, w tym sprzęt medyczny 13 174 284,07 PLN;
 - wyposażenie 3 328 147,02 PLN
- b) środki obrotowe 2 500 000,00 PLN
- c) gotówka w schowku ogniotrwałym 150 000,00 PLN
- d) mienie jednorazowo wliczone do kosztów operacyjnych i nie ujęte w ewidencji środków trwałych 100 000,00 PLN
- e) przepięcie spowodowane wyładowaniami atmosferycznymi 500 000,00 PLN

Stosownie do wymogów SIWZ, Zamawiający zastrzegł też, że wszystkie złożone dokumenty i oświadczenia muszą być zgodne z wymaganiami SIWZ (punkt 11.5 SIWZ)”.

Zamawiający, jak zauważył Odwołujący, odrzucił więc ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), wskazując, że w jego ocenie, doszło do sprzeczności pomiędzy ustalonymi przez niego wymaganiami a OWU, dołączonym do oferty Odwołującego.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący wskazał, że dokumentem określającym ostateczny kształt przyszłego zamówienia jest opis przedmiotu zamówienia, przygotowywany przez Zamawiającego. To treść SIWZ w tym zakresie determinuje kształt ofert i sposób realizacji umowy przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza.

Przepisy ustawy Pzp, jak dostrzegł Odwołujący, obligują Zamawiającego (art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp) do zawarcia w treści SIWZ istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli Zamawiający wymaga, aby wykonawca zawarł z nim umowę na takich warunkach.

W przedmiotowym postępowaniu, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający zawarł ww. informacje w kilku załącznikach do SIWZ, m.in. w załączniku nr 1 do SIWZ (Formularz „Specyfikacja asortymentowo- cenowa”), w załączniku nr 5 do SIWZ (Specyfikacja warunków ubezpieczenia) oraz w załączniku nr 6 do SIWZ (Wzór umowy). W ich treści Zamawiający, jak podał Odwołujący, ustalił zakres przyszłego zobowiązania wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Wskazał, np. wymagane tryby płatności składki, miejsce ubezpieczenia, a także podał informacje mające wpływ na ocenę ryzyka dla ubezpieczeń wymienionych w dokumentacji.

Odwołujący podniósł, że wykonawcy, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w postępowaniu zobowiązani byli do uwzględnienia w swoich ofertach ww. informacji i według nich do skalkulowania składki. Tak też uczynił Odwołujący, jak wskazał, dołączając do oferty wszelkie wymagane przez SIWZ dokumenty i uwzględniając w swoich wyliczeniach wszystkie dane, na które zwrócił uwagę Zamawiający. Szczegółowe informacje, jak wyjaśnił Odwołujący, dotyczące przedmiotu oferty, znajdują się w formularzu „Oferta”, a także w przedstawionej Zamawiającemu Specyfikacji asortymentowo-cenowej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że specyfika zamówień, których przedmiotem jest usługa ubezpieczeniowa powoduje, że w postępowaniu, a konkretnie w ofertach wykonawców, poza wypełnionymi załącznikami, które przygotowuje Zamawiający, takimi jak opis przedmiotu oferty, czy formularz asortymentowo-cenowy, w większości przypadków wykonawcy przedstawiają też OWU. Tak też uczynił, jak podał, Odwołujący.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego zapomniał jednak o okoliczności, że OWU stanowią wyłącznie uniwersalny wzorzec umowny, który uzupełnia (a nie wyłącza) postanowienia ogólne określone przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Inaczej mówiąc, w ocenie Odwołującego, OWU uzupełnia, a nie zastępuje opis przedmiotu zamówienia przygotowany przez Zamawiającego. Ma charakter, jak podał Odwołujący, subsydiarny w stosunku do wymagań określonych w treści SIWZ (tu konkretnie załącznika nr 5 do SIWZ). Odwołujący podniósł, że OWU znajdują zastosowanie wyłącznie w stanie faktycznym, w którym Zamawiający nie określi i nie ureguluje jakiegoś zagadnienia w opisie przedmiotu zamówienia i w istotnych postanowieniach umowy. Odwołujący podał, że powyższe potwierdziła również Krajowa Izba Odwoławcza (dalej „KIO”) w wyroku z dnia 2 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1334/16, orzekając, że: *„Wykonawca składając ofertę w odpowiedzi na z góry określone i nie podlegające negocjacji warunki i zakres zamówienia, zobowiązał się do jego wykonania w sposób w tych warunkach określony. W myśl postanowień umowy zgadza się również, aby OWU stosowane w jego firmie obowiązywały tylko w zakresie zgodnym z opisem przedmiotu zamówienia albo w bardziej korzystnym - co de facto i de iure zaoferował Zamawiającemu. Tym samym, z takiej konstrukcji dokumentów przetargowych i składanej w odpowiedzi na nie oferty wynika, że ofertowany jest*

zakres ubezpieczenia wynikający z Opisu przedmiotu zamówienia, a mniej korzystne postanowienia OWU w tym przypadku nie obowiązują i oferowane nie są”.

Odwołujący zauważył, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający wprost określił subsydiarny charakter OWU, w treści rozdziału XII SIWZ wskazując:

„1. W sprawach nieuregulowanych w SIWZ będą miały zastosowanie ogólne warunki ubezpieczenia Wykonawcy.

2. Sumy gwarancyjne, sumy ubezpieczenia oraz limity odpowiedzialności określone zostały dla każdego okresu rozliczeniowego.”

Z treści powyższego, zdaniem Odwołującego, jednoznacznie wynika, że w pierwszej kolejności należy stosować postanowienia treści SIWZ (a więc również załącznika nr 5 do SIWZ), a dopiero w braku odpowiednich regulacji, stosowane będzie OWU. Dlatego też, jak podał Odwołujący, zdecydował się na załączenie do oferty niewymaganego dokumentu OWU, wiedząc że jest to bezpieczne w świetle ww. postanowienia SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że OWU mają charakter uniwersalnych warunków, które nie są nadrzędne do treści SIWZ. Przeciwnie, mają charakter uzupełniający. A zaoferowane Zamawiającemu w postępowaniu dotyczą, jak podał, majątku na określonym przez niego poziomie, w zindywidualizowanej ofercie.

Dodatkowo, Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, zgodnie z którą w treści Rozdziału 12 pkt 12.1 OWU (strona 34 OWU), wskazano, że: *„W porozumieniu z Ubezpieczającym do umowy ubezpieczenia mogą zostać wprowadzone postanowienia dodatkowe lub odmienne od zapisów niniejszych OWU”.*

Wyłączenie rozdziału 1 pkt 1.1. OWU nie będzie zatem, zdaniem Odwołującego, znajdowało zastosowania w umowie zawartej w postępowaniu, co Odwołujący przewidział.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że Zamawiający nie wymagał dołączenia do oferty OWU.

Zgodnie, jak podał, z wymaganiami zawartymi w pkt 11 ppkt 11.4 SIWZ, do oferty należało dołączyć jedynie:

- a) dokumenty i oświadczenia wymagane w pkt 6 SIWZ,
- b) uzupełniony formularz „Specyfikacja asortymentowo-cenowa”- załącznik nr 1,
- c) uzupełniony formularz „Oferta” - załącznik nr 2.

Odwołujący podkreślił, że ani pośród dokumentów wymaganych treścią pkt 6 SIWZ ani w żadnym z wymienionych załączników, nie znajdował się wymóg dołączenia do oferty treści OWU. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, powinien więc traktować przedstawione przez Odwołującego OWU jako dokument uzupełniający do pozostałych dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu - zwłaszcza w kontekście omówionego powyżej stosunku pomiędzy wymaganiami SIWZ a treścią OWU. W tym kontekście, w ocenie Odwołującego,

OWU miały jedynie wartość informacyjną, niekształtującą treści oświadczenia woli Odwołującego,.

W tym miejscu Odwołujący zwrócił również uwagę na okoliczność, że odrzucenie, jako środek o charakterze ostatecznym, powinno zostać poprzedzone bardzo dokładnym zbadaniem przez Zamawiającego odrzucanej oferty i w razie jakichkolwiek wątpliwości, czy niezgodności, wezwaniem do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający musi mieć pewność, że oceniona przez niego jako niezgodna z treścią SIWZ nieprawidłowość ma charakter ostateczny i nieusuwalny. Odwołujący, jak podał, w pełni zgadza się w tym zakresie ze stanowiskiem KIO wyrażonym m.in. w poniższych orzeczeniach:

- a) wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2015 r., KIO 1062/15, KIO 1063/15:
„(...) niezgodność oferty musi mieć charakter pewny i nieusuwalny. Nie może być zatem możliwości zastosowania wobec niej procedury wyjaśnienia treści oferty [art. 87 ust. 1 ustawy] ani jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy [tak: wyrok Sądu Okręgowego w 10 marca 2015 r. w spr. VIII Ca 76/15].”
- b) wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. akt: KIO 64/14
„Zamawiający jest zobowiązany do podjęcia w postępowaniu wszelkich dostępnych mu procedur i wykonania czynności umożliwiających wykonawcy wyjaśnienie wątpliwości co do treści złożonej oferty, w szczególności takich, które mogą mieć wpływ na ocenę oferty w postępowaniu. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ewentualnego ustalenia, że dana oferta nie odpowiada treści SIWZ.”
- c) wyrok KIO z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1709/13:
„Zamawiający nie może nie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, zakładając z góry, że wyjaśnienia te nie wniosą nic nowego do sprawy, bądź będą prowadziły do istotnej zmiany treści oferty. Dopóki zamawiający nie otrzyma tych wyjaśnień, nie może przesądzić o niezgodności oferty z treścią SIWZ.”
- d) wyrok KIO z dnia 20 września 2011 r., sygn. akt: KIO 1908/11:
„Pomimo wynikającego z treści tego art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych uprawnienia w istocie przewiduje on kompetencję zamawiającego, która przeradza się właściwie w obowiązek, gdy w toku badania oferty ustalone zostanie, że oferta zawiera postanowienia niejasne czy budzące wątpliwości. Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty jest szczególnie istotne, gdy oferta miałaby zostać przez zamawiającego odrzucona jako sprzeczna z SIWZ. Tym samym, gdy zamawiający nie posiada pewności, że oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ, brak wezwania mógłby być postrzegany jako naruszenie zasady rzetelnego prowadzenia postępowania.”

Oświadczenie Odwołującego, złożone na skutek wyjaśnień, do których doszłoby na

podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zdaniem Odwołującego, nie stanowiłoby dodatkowej/nowej informacji, a miałyby charakter wykładni pierwotnego oświadczenia, jakim na gruncie ustawy Pzp jest oferta.

Powyższe stanowisko, jak podał Odwołujący, potwierdziła również KIO w uchwale z dnia 14 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO/KD 73/13, wskazując w niej: *„Izba ocenia, że zamawiający nie dokonał rzeczywistej oceny charakteru stwierdzonej niezgodności lecz odrzucił ofertę złożoną przez P. M. K. wyłącznie z uwagi na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co doprowadziło do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający nie może bowiem zwolnić się z obowiązku zbadania zaistnienia przesłanek warunkujących poprawienie oferty, gdyż przepisy ustawy nakazujące poprawienie oferty mają charakter bezwzględnie obowiązujący. (...) Izba zgadza się z poglądem zamawiającego, że poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający winien dokonać sam, na podstawie oferty wykonawcy, a wyjaśnienia udzielone na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp nie mogą tworzyć treści oferty, w szczególności podawać nowych cen poszczególnych pozycji kosztorysu. Jednak, zdaniem Izby, dopuszczalne jest posłużenie się trybem wynikającym z powołanego przepisu dla ustalenia, czy niezgodność oferty z siwz ma charakter omyłki. Takie wyjaśnienia nie kształtują treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę ponad wymagania zamawiającego, a stanowią jedynie wykładnię takiego oświadczenia (art. 65 § 1 k.c. w związku z art. 14 Pzp).”*

W toku takich wyjaśnień, Odwołujący, jak podał, zwróciłby m.in. uwagę Zamawiającego na okoliczności dotyczące zastosowania OWU tylko i wyłącznie w stanach faktycznych, w których kwestie kluczowe dla Zamawiającego nie zostają uregulowane w dokumentacji sprawy i umowie ubezpieczenia.

Niezależnie od subsydiarnego charakteru OWU, na który uwagę zwrócił sam Zamawiający w rozdziale XII pkt 1 SIWZ, a na który Odwołujący zwróciłby uwagę Zamawiającego w wyjaśnieniach, dodatkowo, w toku wyjaśnień, Odwołujący, jak podał, miałaby możliwość zwrócenia uwagi Zamawiającego na całkowicie pominiętą przez niego treść Rozdziału 12 pkt 12.1 OWU (strona 34 OWU), gdzie w postanowieniach końcowych wyraźnie zaznaczono, że: *„W porozumieniu z Ubezpieczającym do umowy ubezpieczenia mogą zostać wprowadzone postanowienia dodatkowe lub odmienne od zapisów niniejszych OWU”.*

Powyższe jednoznacznie potwierdza, zdaniem Odwołującego, że przedstawione Zamawiającemu postanowienia OWU mogą zostać uregulowane odmiennie. Nie są więc bezwzględnie wiążące, ponieważ w postępowaniu pierwszeństwo ma SIWZ. To oznacza, w ocenie Odwołującego, że umowa ubezpieczenia, zawarta z Zamawiającym, obejmowałaby swoim zakresem elementy określone w załączniku nr 5. Na podstawie tych danych

Odwołujący dokonał też wyceny oferty.

W tym miejscu, zdaniem Odwołującego, należy również zwrócić uwagę na stanowisko KIO zawarte w wyroku z dnia 29 października 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1326/09, zgodnie z którym: *„W ocenie Izby, za istotną treść oferty należy przyjąć te zobowiązania wykonawcy, przyjęte w ofercie, które są określone w sposób skonkretyzowany i niezmienny (...).”*

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podkreślił, że jego intencją było złożenie oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ, co Odwołujący wielokrotnie potwierdził w swojej ofercie, jednoznacznie wskazując, w pkt 1 formularza „Oferta”, że: *„Oferujemy wykonanie usług ubezpieczeniowych w okresie 24 miesięcy za kwotę brutto zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (Specyfikacja warunków ubezpieczenia zał. Nr 5)”*, a także w pkt 6 formularza „Oferta”: *„Spełniamy wszystkie wymagania postanowione przez Zamawiającego w SIWZ.”* Podobnie w pkt 8 formularza „Oferta”: *„W przypadku wybrania naszej oferty zobowiązujemy się do podpisania umowy przedłożonej przez Zamawiającego”*, a więc, jak podał Odwołujący, na warunkach określonych przez Zamawiającego i zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ, co oznacza uwzględnienie wszelkich elementów opisu przedmiotu zamówienia, wycenę przedmiotu oferty zgodnie z wymaganiami.

Jak bowiem, co przytoczył Odwołujący, wskazała KIO w wyroku z dnia 3 stycznia 2014 r., sygn. akt: KIO 2877/13: *„Z doświadczenia życiowego można stwierdzić, że racjonalnie myślący wykonawca nie składa oferty, która podlega odrzuceniu.”*

W tym miejscu Odwołujący ponownie podkreślił, że przygotowując ofertę zaakceptował (i akceptuje do chwili obecnej), a następnie zastosował do wyceny wszystkie opisane przez Zamawiającego w załączniku nr 5 do SIWZ informacje, kwoty i wartości.

Oferta Odwołującego złożona w przedmiotowym postępowaniu, w jego ocenie, zadośćczyniła wszystkim formalnym i materialnym wymogom Zamawiającego, określonym w SIWZ. Tymczasem, jak podniósł Odwołujący, odrzucenie oferty dopuszczalne jest wyłącznie w sytuacji stwierdzenia jej oczywistej i niepodważalnej niezgodności z wymogami SIWZ.

W niniejszym stanie faktycznym, zdaniem Odwołującego, nie można mówić o niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, z uwagi na okoliczność pominięcia przez Zamawiającego istotnych okoliczności wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu, a w szczególności charakteru OWU wobec:

- a) określenia przez Zamawiającego Specyfikacji Warunków Ubezpieczenia i nadrzędnego charakteru SIWZ,
- b) postanowień samego OWU wskazujących na brak bezwzględного charakteru dokumentu oraz
- c) jednoznaczne deklaracje Odwołującego w zakresie zaoferowania przedmiotu oferty zgodnego z SIWZ i chęci podpisania umowy na warunkach określonych przez

Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że o niezgodności oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w przypadku, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez zamawiającego w SIWZ. Dokumentem, który w pierwszej kolejności przesądza o zamiarze wykonawcy i zadeklarowanym sposobie realizacji zamówienia jest, w ocenie Odwołującego, pismo wykonawcy, odnoszące się do istotnych elementów zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu były to, zdaniem Odwołującego, formularz „Oferta” wraz z załącznikami, m.in. wraz z uzupełnioną Specyfikacją asortymentowo-cenową (załącznik nr 1 do SIWZ).

W powyższej kwestii, jak podał Odwołujący, wypowiedziała się również KIO w wyroku z dnia 26 czerwca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 721/09, w którego uzasadnieniu wskazano, że: *„O zakresie zobowiązania wyrażonego w ofercie wykonawcy w pierwszej kolejności przesądza jego treść, której materialnym substratem jest pismo wykonawcy, przedstawiające np. w formie formularza ofertowego cenę, sposób wykonania czy inne warunki zobowiązania, które wykonawca podejmuje.”*

Odnosząc powyższe do regulacji określonych w Prawie zamówień publicznych Odwołujący podał, że istotne postanowienia (*essentialia negotii*) przyszłej umowy są określane przez wykonawcę składającego ofertę na podstawie postanowień SIWZ. Nie jest to jednak, jak zauważył Odwołujący, równoznaczne z wymogiem wiernego przeniesienia treści specyfikacji do oferty, co podkreśla KIO w wyroku z dnia 17 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1062/08: *„Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie musi polegać na dosłownym powtórzeniu brzmienia zapisów specyfikacji w złożonych ofertach. Istotne jest, aby sens i zakres oświadczeń składających się na treść oferty odpowiadał zamierzeniom zamawiającego.”*

Odwołujący podniósł, że oferta Odwołującego zawiera jednoznaczną deklarację dotyczącą przedmiotu tej oferty, uwzględniającą wymagania Zamawiającego. Niezależnie od określenia w SIWZ nadrzędnego charakteru tego dokumentu wobec OWU, również samo OWU (które dołączono do oferty pomocniczo) zawiera, jak zauważył Odwołujący, jednoznaczną deklarację, zgodnie z którą postanowienia OWU nie są bezwzględnie wiążące i ulegają modyfikacji w zależności od konkretnych potrzeb ubezpieczających. Co więcej, w ocenie Odwołującego, nawet gdyby w OWU nie znajdowało się postanowienie rozdziału 12 pkt 12.1, to już sam charakter OWU w postępowaniu zamówieniowym, a więc charakter dokumentu uzupełniającego w sytuacjach, w których SIWZ nie zawiera konkretnych wymagań, przesądza o braku niezgodności oferty Odwołującego z treścią załącznika nr 5 do SIWZ. Brak więc, zdaniem Odwołującego, podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Pismem z dnia 21 marca 2017 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, domagając się jego oddalenia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pkt IX Załącznika nr 5 do SIWZ Zamawiający podał informacje mając wpływ na ocenę ryzyka dla ubezpieczeń, wskazując, m.in.: „*Osiągnięta wartość rocznej sprzedaży 231 747 500,00 PLN (wg stanu na dzień 31.12.2016 r.). Przewidywana wartość rocznej sprzedaży na następny dwunastomiesięczny okres ubezpieczenia: 231 800 000,00 PLN*”.

W pkt X Załącznika nr 5 do SIWZ Zamawiający podał „*sumy ubezpieczenia dla każdego okresu rozliczeniowego wskazał również następujące wartości:*

- a) *środki trwałe wg wartości księgowej brutto: 69 281 340,71 PLN, w tym:*
 - *budynki 46 532 033,81 PLN;*
 - *budowle 6 246 875,81 PLN;*
 - *maszyny i urządzenia, w tym sprzęt medyczny 13 174 284,07 PLN;*
 - *wyposażenie 3 328 147,02 PLN*
- b) *środki obrotowe 2 500 000,00 PLN*
- c) *gotówka w schowku ogniotrwałym 150 000,00 PLN*
- d) *mienie jednorazowo wliczone do kosztów operacyjnych i nie ujęte w ewidencji środków trwałych 100 000,00 PLN*
- e) *przepięcie spowodowane wyładowaniami atmosferycznymi 500 000,00 PLN*

W Rozdziale XII SIWZ Zamawiający wskazał, że: „*1. W sprawach nieuregulowanych w SIWZ będą miały zastosowanie ogólne warunki ubezpieczenia Wykonawcy. 2. Sumy gwarancyjne, sumy ubezpieczenia oraz limity odpowiedzialności określone zostały dla każdego okresu rozliczeniowego.*”

Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że Zamawiający nie ustanowił obowiązku przedłożenia wraz z ofertą OWU.

Odwołujący dołączył do oferty OWU, z których wynika, m.in.: „*Ogólne warunki ubezpieczenia Biznes Pakiet, zwane dalej „OWU”, mają zastosowanie do umów ubezpieczenia zawieranych przez B. I. S. w przedsiębiorcami którzy spełniają łącznie następujące warunki:*

- a) *posiadają mienie o łącznej wartości (we wszystkich lokalizacjach) nieprzekraczającej 20 000 000 PLN,*
- b) *w ostatnim roku obrotowym osiągnęli roczny przychód netto nieprzekraczający 20 000 000 PLN” (Rozdział 1 pkt 1.1 OWU).*

Rozdział 12 pkt 12.1 OWU stanowi, że: „W porozumieniu z Ubezpieczającym do umowy ubezpieczenia mogą zostać wprowadzone postanowienia dodatkowe lub odmienne od zapisów niniejszych OWU”.

Pismem z dnia 8 marca br. Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta została odrzucona, „gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku z późn. zm.)”.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że: „Wykonawca wraz z ofertą przedłożył Ogólne Warunki Ubezpieczenia, które zgodnie z punktem 1.1 stanowią, że „ogólne warunki ubezpieczenia Biznes Pakiet zwane dalej „OWU” mają zastosowanie do umów zawieranych przez B. I. S. z przedsiębiorcami, którzy łącznie spełniają następujące warunki:

- a) Posiadają mienie o łącznej wartości (we wszystkich lokalizacjach) nieprzekraczającej 20 000 000 PLN
- b) W ostatnim roku obrotowym osiągnęli roczny przychód netto nieprzekraczający 20 000 000 PLN”.

Tak określone ogólne warunki ubezpieczenia wskazują w sposób wyraźny, że oferta Wykonawcy jest sprzeczna z SIWZ. Wykonawca kieruje swoją ofertę do podmiotów gospodarczych, których skala działalności jak i wartość mienia są nieporównywalnie mniejsze od tego jakim dysponuje Zamawiający, i które co najistotniejsze, podlegać będzie ubezpieczeniu w ramach przedmiotowego zamówienia.

Wartość rocznego przychodu netto w ostatnim roku obrotowym jak i wartość posiadanego mienia Zamawiającego wielokrotnie (ponad 11 - krotnie) przewyższają bowiem wyżej wskazane limity wartość mienia i obrotu przedsiębiorców, do których kierowana jest oferta B. I. S.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, Zamawiający wyraźnie, w punkcie IX Załącznika nr 5 do SIWZ - Specyfikacja Warunków Ubezpieczenia, wskazał, że osiągnięta przez niego wartość rocznej sprzedaży wg stanu na dzień 31.12.2016 r. wyniosła 231 747 500,00 PLN. Przewidywana wartość rocznej sprzedaży na następny dwunastomiesięczny okres ubezpieczenia: 231 800 000,00 PLN.

Zamawiający określając w SIWZ (punkt X Załącznika nr 5) sumy ubezpieczenia dla każdego okresu rozliczeniowego wskazał również następujące wartości:

- a) środki trwałe wg wartości księgowej brutto: 69 281 340,71 PLN, w tym:
 - budynki 46 532 033,81 PLN;
 - budowle 6 246 875,81 PLN;
 - maszyny i urządzenia, w tym sprzęt medyczny 13 174 284,07 PLN;

- wyposażenie 3 328 147,02 PLN

b) środki obrotowe 2 500 000,00 PLN

c) gotówka w schowku ogniotrwałym 150 000,00 PLN

d) mienie jednorazowo wliczone do kosztów operacyjnych i nie ujęte w ewidencji środków trwałych 100 000,00 PLN

e) przepięcie spowodowane wyładowaniami atmosferycznymi 500 000,00 PLN.

Stosownie do wymogów SIWZ, Zamawiający zastrzegł też, że wszystkie złożone dokumenty i oświadczenia muszą być zgodne z wymaganiami SIWZ (punkt 11.5 SIWZ).

W tej sytuacji, w szczególności uwzględniając przedmiot zamówienia, usługi ubezpieczeniowe i znaczne ryzyko ciężące na Zamawiającym w zakresie wyboru Wykonawcy, oczywistym jest, że niemożliwym staje się przyjęcie za najkorzystniejszą oferty Wykonawcy, która zawiera w swej treści zapisy sprzeczne z treścią SIWZ i wprost potwierdza, że kierowana jest ona jedynie do grona przedsiębiorców spełniających ściśle określone w niej limity wartości osiągniętych przychodów oraz wartości mienia, nieporównywalnie mniejsze, od tych które osiągnął Zamawiający.

Z tych też względów odrzucenie oferty jako nie odpowiadającej treści SIWZ stało się konieczne”.

Izba oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentów zaferowanych przez Odwołującego na okoliczność sposobu rozumienia przez innych zamawiających postanowień OWU, przedłożonych w przedmiotowym ustępowaniu, uznając, że nie zmierza do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Sposób rozumienia OWU przez inne podmioty stanowi element oceny tych podmiotów, która w żadnym razie nie wiąże Izby. Ewentualna ocena prawna w tym zakresie należy właśnie do Izby jako element rozstrzygnięcia zawisłego sporu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Rozstrzygające znaczenie w niniejszej sprawie ma treść oferty wykonawcy, której zawartość określił Zamawiający. Tylko bowiem oferta w tym kształcie, zdaniem Izby, podlega ocenie Zamawiającego pod kątem zgodności treści oferty z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Bezspornym w niniejszej sprawie pozostawało, że OWU nie składały się na treść oferty, a zatem, w ocenie Izby, wyciąganie negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy na podstawie dokumentów, które nie składały się na treść oferty jest nieuzasadnione.

Skoro Zamawiający dał wyraz w treści SIWZ, jakie oświadczenia i dokumenty składają się na treść oferty, to winien tego zastrzeżenia przestrzegać i ustalić treść oświadczenia woli Wykonawcy na podstawie oświadczeń i dokumentów wymaganych. Zdaniem Izby, powyższe

wynika nie tylko z faktu, że Zamawiający postanowieniami SIWZ jest związany, ale również i z tej przyczyny, że tego wymaga zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Jeśli natomiast, co miało miejsce w niniejszej sprawie, Zamawiający dostrzegł, że poza oświadczeniami i dokumentami wymaganymi przez Zamawiającego, znajdują się tam jeszcze inne dokumenty, jakim były OWU, to Zamawiający winien powyższe potraktować co najwyżej jako wartość informacyjną.

Za absolutnie nieuprawnione należało uznać takie działanie Zamawiającego, który na podstawie rzezonego dokumentu zrekonstruował treść oświadczenia woli Odwołującego, pomijając przy tym „właściwą” treść oferty. Podkreślenia wymaga, że oświadczenie woli oferenta znajduje się w ofercie i nie ma żadnych podstaw normatywnych, aby to oświadczenie pomijać przy ocenie oferty Wykonawcy, czy je modyfikować na podstawie innych dokumentów, które na treść oferty się nie składają.

Zamawiający, jak wskazano, mógł zapoznać się z treścią pozostałych dokumentów, które Odwołujący przedłożył wraz z ofertą, nawet jeśli nie tworzyły jej treści, ale jak wskazano wyżej, rzezone dokumenty mają jedynie walor informacyjny, co powoduje, że jedynym dopuszczalnym działaniem Zamawiającego było wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Jeśli Zamawiający, jak wskazywał, miał wątpliwości, czy może być objęty ubezpieczeniem przez Odwołującego z uwagi na postanowienia Rozdziału 1 pkt 1.1. OWU, które Odwołujący przedłożył wraz z ofertą, mógł te wątpliwości rozwiązać na gruncie wyjaśnień. Natomiast nie było żadnych podstaw, żeby przyjąć, iż OWU stanowi treść oświadczenia woli Odwołującego i na tej tylko podstawie, z pominięciem pozostałych oświadczeń Odwołującego, stwierdzić, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. W związku z powyższym już z tych względów należało uznać, że zarzut naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp był uzasadniony.

Przyjmując, jak wskazano wyżej, że Zamawiający mógł skorzystać z uprawnienia wynikającego z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, to zdaniem Izby, w świetle postanowień Rozdziału XII SIWZ, jak i bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, nie miał nawet takiej potrzeby. Zamawiający sam bowiem rozstrzygnął w SIWZ, że pierwszorzędne znaczenie będą miały właśnie postanowienia SIWZ, zaś OWU znajdą zastosowanie dopiero wtedy, gdy jakaś materia w SIWZ nie zostanie uregulowana. Oznacza to, że treść stosunku obligacyjnego, który ma połączyć strony, kształtowana jest co do zasady na podstawie postanowień SIWZ, w tym wzoru umowy, a OWU będą miały jedynie znaczenie uzupełniające. Subsydiarny charakter OWU powoduje, że tylko w przedmiocie, który nie został przez Zamawiającego określony (uregulowany) zastosowanie znajdą OWU.

Niezależnie od podanych w SIWZ rozwiązań, nie sposób nie wskazać, że sporna materia wprost podpada pod przepis art. 385 § 1 k.c.

Przepis art. 385 § 1 k.c., wskazując na odrębność wzorca umowy i samej umowy, określa relację między nimi na wypadek sprzeczności między treścią umowy i wzorca. Przepis ten jest wyrazem preferencji ustawodawcy dla tych treści stosunku obligacyjnego, które są objęte konsensem stron. Rozstrzyga on konflikt na rzecz umowy, której przyznaje prymat nad wzorcem, a więc oświadczeniem proponenta, pozostającym poza zgodną wolą stron umowy. Przepis art. 385 § 1 k.c. stanowi, że w razie sprzeczności treści umowy z wzorcem umowy strony są związane umową.

Sprzeczność między treścią umowy a wzorcem może istnieć od chwili zawarcia umowy przy użyciu wzorca, ale może również pojawić się dopiero po zawarciu umowy, w następstwie wydania wzorca (nowego lub modyfikującego) w czasie trwania zobowiązania ciągłego albo późniejszych zmian umowy. We wszystkich tych przypadkach do powstałej sprzeczności między treścią umowy a wzorcem należy stosować regułę prymatu umowy.

Przepis art. 385 § 1 k.c. znajdzie zastosowanie wówczas, gdy sprzeczność zachodzi między wzorcem a treścią postanowień uzgodnionych przez strony, objętych konsensem.

Dla zastosowania przepisu art. 385 § 1 k.c. konieczne jest więc ustalenie zakresu treści umowy i wzorca. W wyroku z dnia 21 grudnia 2005 r. (I ACa 663/05, LEX nr 186139) SA w Poznaniu uznał, że jeżeli strony indywidualnie ustaliły obowiązujące ubezpieczającego zabezpieczenia ubezpieczonego pojazdu w sposób odmienny, niż wynikało to z postanowień ogólnych warunków ubezpieczenia, to niezależnie od treści pisemnej polisy wystawionej przez zakład ubezpieczeń, decydujące znaczenie mają uzgodnienia umowne; bez znaczenia jest w tej sytuacji, że wspomniane ustalenie nie zostało dokonane na piśmie, gdyż dla swej ważności umowa ubezpieczenia nie wymaga szczególnej formy.

Przepis art. 385 § 1 k.c. dotyczy też sytuacji, gdy strony włączyły do umowy postanowienia z innego (z innych) wzorców niż użyty przez proponenta przy zawieraniu umowy, przy czym bez znaczenia jest tu fakt, czy włączone do umowy postanowienia były, czy nie były, przedmiotem indywidualnych uzgodnień; istotne jest, że stanowią część umowy. Podobnie w przypadku tzw. umowy formularzowej może dojść do sprzeczności między jej treścią a towarzyszącym jej wzorcem, w postaci regulaminu. Także tu powinien znaleźć zastosowanie przepis art. 385 § 1 k.c., gdyż w odróżnieniu od regulaminu, umowy formularzowej nie można kwalifikować wyłącznie jako wzoru umowy, czynności poza konsensem stron. Brak konsensu oznaczałby bowiem brak umowy i całkowitą nieskuteczność obu wzorców. Jeżeli więc umowa została zawarta przy użyciu dwóch wzorców, z których jeden był formularzem umowy, a drugi regulaminem, to przepis art. 385 § 1 k.c. znajdzie zastosowanie, gdy regulamin pozostawać będzie w sprzeczności z postanowieniami

uzgodnionymi przez strony i ujętymi w umowie formularzowej, bez względu na to, czy były przedmiotem negocjacji (por. także M. Lemkowski, *Materialna ochrona...*, s. 78; F. Zoll (w:) *Prawo bankowe. Komentarz*, t. II, s. 291–292; nieco odmiennie M. Bednarek (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, s. 713–714).

Rozstrzygnięcie sprzeczności między wzorcem a umową może polegać na uchynieniu skuteczności tych postanowień wzorca, które uniemożliwiają ich zastosowanie do zobowiązania kreowanego umową. Jak stwierdził SA w Białymstoku (wyrok z dnia 14 grudnia 2005 r., I ACa 670/05, OSAB 2005, z. 4, poz. 3), zasada priorytetu umowy względem wzorca oznacza, że zawarcie umowy ubezpieczenia mienia, które według treści ogólnych warunków ubezpieczenia ubezpieczeniu nie podlega, pociąga za sobą konieczność rozwiązania kolizji między umową i wzorcem w sposób określony w przepisie art. 385 § 1 k.c.

Znajomość wzorca przez adherenta nie ma znaczenia dla zastosowania art. 385 § 1 k.c.

Sprzeczność między treścią umowy a wzorcem nie ma żadnych konsekwencji dla umowy. Jej skuteczność pozostaje bez zmian. Także wzorzec umowy zachowuje doniosłość prawną i w stosunkach z innymi kontrahentami może skutecznie kształtować prawa i obowiązki umownych stosunków obligacyjnych proponenta.

Konsekwencje sprzeczności między treścią umowy a wzorcem polegają na braku mocy wiążącej wzorca wobec adherenta. Z reguły brak związania dotyczyć będzie wyłącznie kwestii, które w sposób odmienny uregulowane zostały umową stron. Brak bowiem uzasadnienia dla stanowiska, że jakakolwiek sprzeczność treści umowy z wzorcem powoduje brak związania wszystkimi postanowieniami wzorca. Taki skutek mógłby zaistnieć wyłącznie w szczególnych przypadkach, gdyby analiza wszelkich okoliczności prowadziła do wniosku, że bez postanowień sprzecznych z umową wzorzec nie zostałby wydany (por. art. 58 § 3 k.c.). Wzorzec umowny jest więc skuteczny tylko w takim zakresie, w jakim nie jest sprzeczny z postanowieniami umowy (por. M. Bednarek (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, s. 714–715; W. Popiołek (w:) K. Pietrzykowski, *Komentarz*, t. I, 2011, art. 385, nb 2; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania*, 2012, nb 423; K. Zagrobelny (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski, *Komentarz*, 2013, art. 385, nb 4).

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że przedłożenie przez Odwołującego OWU, w świetle powołanego przepisu i postanowień SIWZ, nie powinno powodować u Zamawiającego wątpliwości, jaka będzie treść przyszłego stosunku obligacyjnego, który ma łączyć strony, czy będzie kształtowana przez treść oferty i postanowienia SIWZ, czy też wzorzec umowy, jakim posłużył się Odwołujący i jakie znaczenie miałyby kolizja regulacji zawartych w poszczególnych dokumentach.

Odpowiedź na tle przytoczonych regulacji jest jasna, będzie kształtowała przez treść oferty sporządzonej na podstawie SIWZ i treść SIWZ, w zakresie, w jakim określa kształt

stosunku obligacyjnego (podmiot, przedmiot, zakres ubezpieczenia, prawa i obowiązki stron etc.), zaś OWU znajdują zastosowanie o tyle, o ile danej materii nie regulują już ww. dokumenty.

Mając powyższe na uwadze, sięganie do regulacji zawartych w Rozdziale 12 pkt 12.1 OWU nie jest w ogóle konieczne. Zatem przywoływane przez Zamawiającego na tle powołanego Rozdziału wątpliwości nie mają żadnego znaczenia i z tego względu w ogóle nie podlegają ocenie. Zamawiający nie musi się bowiem zastanawiać, w jaki sposób do umowy ubezpieczenia mogą zostać wprowadzone dodatkowe czy też odmienne postanowienia od tych zawartych w OWU, skoro OWU, co zostało wyżej stwierdzone, ma drugorzędne znaczenie i znajduje zastosowanie jedynie w zakresie, w jakim strony na podstawie zawartej umowy, danej materii nie uregulowały.

Podsumowując stwierdzić należy, że w niniejszym stanie faktycznym nie zaktualizowały się przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego, co skutkowało naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast Izba nie dostrzega podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż zaniechanie wyjaśnienia treści oferty nie legło u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego i nie było niezbędne do zapobieżenia temu skutkowi. Zamawiający bowiem wadliwie ocenił treść oferty Odwołującego i powyższe stało się przyczyną jej odrzucenia. Natomiast zarzut naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp jest o tyle uzasadniony, że Zamawiający dokonał wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej, pomijając ofertę Odwołującego, natomiast u źródeł tej wadliwej decyzji nie leżą kryteria oceny ofert, jak wskazuje uzasadnienie prawne zarzutu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 7.500,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: