

WYROK

z dnia 4 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 sierpnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 20 lipca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Jantar 2” sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, „Jantar ” sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, „Jantar 3” sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług ochrony fizycznej obiektów, mienia i terenów Morskiego Instytutu Rybackiego – Państwowego Instytutu Badawczego, przy ul. Kołłątaja 1 i alei Jana Pawła II w Gdyni* (nr postępowania FZP/2208/319/2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Morski Instytut Rybacki – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Gdyni**

przy udziale wykonawcy: **I. OCHRONA sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gdyni** –zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Morskiemu Instytutowi Rybackiemu – Państwowemu Instytutowi Badawczemu z siedzibą w Gdyni unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty złożonej przez „Jantar 2” sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, „Jantar ” sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, „Jantar 3” sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.**

2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Morski Instytut Rybacki – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Gdyni i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Jantar 2” sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, „Jantar ” sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, „Jantar 3” sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego – Morskiego Instytutu Rybackiego – Państwowego Instytutu Badawczego z siedzibą w Gdyni** na rzecz **odwołującego – Jantar 2” sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, „Jantar ” sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, „Jantar 3” sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** kwotę **11100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Morski Instytut Rybacki – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Gdyni prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego usługi pn. *Świadczenie usług ochrony fizycznej obiektów, mienia i terenów Morskiego Instytutu Rybackiego – Państwowego Instytutu Badawczego, przy ul. Kołłątaja 1 i alei Jana Pawła II w Gdyni* (nr postępowania FZP/2208/319/2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 17 czerwca 2015 r. pod nr 146824, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.mir.gdynia}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

14 lipca 2015 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Jantar 2” sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, „Jantar ” sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, „Jantar 3” sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku {dalej również: „Konsorcjum Jantar”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez I. OCHRONA sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gdyni, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

20 lipca 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, polegające na błędnym uznaniu, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący następująco przedstawił okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania.

Zgodnie z pkt 1 wzoru formularza ofertowego (stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ) wykonawcy zobowiązani byli do wpisania łącznej ceny brutto za okres realizacji zamówienia, tj. 24 miesięcy, *ustaloną zgodnie z dyspozycjami specyfikacji istotnych warunków zamówienia*, która to cena stanowi jedno z kryteriów oceny ofert.

W pkt 2 wzoru formularza ofertowego, mającym układ tabeli, Zamawiający zażądał szczegółowej kalkulacji łącznej ceny ofertowej brutto, wprowadzając podziały na dwa obiekty: przy ul. Kołłątaja 1 i przy al. Jana Pawła II 1 (Akwarium Gdyńskie MIR-PIB), dokonując jednocześnie szczegółowego podziału w tych obiektach na konkretne rodzaje posterunków ochrony wraz z opisem wymagań co do posiadania lub nie licencji lub wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony (kol. 2), a także wpisując łączną liczbę roboczogodzin w okresie realizacji umowy (kol. 3).

Do wykonawców należało wpisanie w tabeli formularza stawki netto w zł za 1 roboczogodzinę (kol. 4) i następnie dokonanie matematycznych (rachunkowych) obliczeń, tak aby obliczyć łączną cenę oferty brutto za okres realizacji zamówienia, tj. 24 miesiące.

Odwołujący podał, że zgodnie z wzorem formularza ofertowego wpisał stawki netto w zł za 1 roboczogodzinę dla każdego z posterunków w obu obiektach, wypełniając każdą pozycję w tabeli.

Pismem z 26 czerwca 2015 r. (nr FZP/W/295/2015) Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, czy pod tabelką w ust. 3 poz. 2 Odwołujący podał ceny tylko dla obiektu przy ul. Kołłątaja, czy też podana tam stawka dotyczy także pracownika w Akwarium Gdyńskim MIR-PIB. Ponadto Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy Odwołujący zastosował rozróżnienie stawek dla pracowników z licencją na poszczególnych obiektach i czym to było spowodowane.

W wyznaczonym terminie Odwołujący złożył wyjaśnienia.

Po pierwsze – wskazał, że pod tabelką w ust. 3 w poz. 2 powinny zostać uwzględnione dwie stawki za 1 godzinę pracy pracownika ochrony z licencją lub wpisem na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej: 1) 8,68 zł netto, tj. 10,68 zł brutto dla obiektu przy ul. Kołłątaja 1, 2) 10,20 zł netto, tj. 12,55 zł brutto dla obiektu przy ul. Jana Pawła II 1.

Odwołujący dodał w odwołaniu, że z niewiadomego mu powodu pkt 3 wzoru formularza ofertowego jest powtórzeniem wybranych pozycji z kolumny 4 tabeli z pkt 2. Ponadto w ocenie Odwołującego powyższych wyjaśnienia odpowiadały stawkom wpisanym

w odpowiednich pozycjach tabeli.

Po drugie – wyjaśnił, że różnica w stawkach pracowników licencjonowanych spowodowana jest zróżnicowaniem formy zatrudnienia osób na poszczególnych obiektach, a wynika to posiadanego przez Odwołującego statusu zakładu pracy chronionej, w związku z czym Odwołujący ma możliwość uzyskiwania dofinansowania do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych.

Zdaniem Odwołującego w tych okolicznościach bezpodstawny jest stwierdzenie przez Zamawiającego, że: *Odwołujący nie dostosował się do wytycznych, znajdujących się w SIWZ, ponieważ nie wskazał stawki za 1 godzinę pracy pracownika ochrony bez licencji lub wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony, a złożone przez niego wyjaśnienia w dalszym ciągu nie umożliwiają Zamawiającemu stwierdzenia jaką faktycznie cenę będzie musiał zapłacić za 1 godzinę pracy pracownika ochrony:*

- *bez licencji lub wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej,*
- *z licencją lub wpisem na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej."*

Odwołujący podniósł, że ile ma zapłacić Zamawiający za 1 godzinę pracy pracownika ochrony bez licencji lub wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej względnie z licencją lub wpisem na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, w tym na którym obiekcie i na jakim posterunku – wynika w sposób jasny, zrozumiały i jednoznaczny z pkt 2 formularza ofertowego, czyli tabeli, która zawiera szczegółową kalkulację ceny ofertowej.

Odwołujący zarzucił również, że Zamawiający w ogóle nie wyjaśnił, do jakich wytycznych znajdujących się w SIWZ rzekomo Odwołujący się nie dostosował.

Ponadto za *przesiąknięty oparami absurdu* Odwołujący uznał zarzut Zamawiającego, że kwoty podane w wyjaśnieniu były inne niż kwoty w złożonej ofercie, a same wyjaśnienia nie tłumaczą niejasności występujących w ofercie, a wręcz wprowadzają Zamawiającego w błąd.

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, że w przepisach ustawy pzp nie ma podstawy prawnej, która skutkuje koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy, za zastosowanie różnych stawek za 1 godzinę pracy pracownika ochrony z licencją lub wpisem kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej dla poszczególnych obiektów. Zdaniem Odwołującego miał pełne prawo rozróżnić i zastosować inne stawki dla poszczególnych obiektów, tym bardziej że jednym z kryteriów oceny ofert była łączna cena brutto, a nie stawka netto za 1 roboczogodzinę, a SIWZ takiego zakazu nie zawierała i nie mogła zawierać.

Odwołujący podsumował, że ponieważ treść jego oferty, a także udzielone

wyjaśnienia odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie jego oferty było nieprawidłowe.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 20 lipca 2015 r. kopii odwołania, 24 lipca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez IGIELSKI OCHRONA sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gdyni przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

20 lipca 2015 r. Zamawiający przesłał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający w pierwszej kolejności opisał zawartość formularza oferty złożonego przez Konsorcjum Jantar w zakresie ust. 2 (tabela) i 3, w tym że:

- w poz. 1 tabeli dla obiektu przy ul. Kołłątaja 1 dla stanowiska opisanego jako *pracownicy z licencją (lub wpisem na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej)* wpisano stawkę netto za 1 roboczogodzinę w wysokości 10,20 zł;
- w poz. 2 tabeli dla obiektu przy al. Jana Pawła II 1 (Akwarium Gdyńskie MIR-PIB) dla stanowiska opisanego jako *portiernia pracownik ochrony z licencją (lub wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej)* wpisano stawkę netto za 1 roboczogodzinę w wysokości 8,68 zł;
- pod tabelą w ust. 3 pkt 2 znalazło się oświadczenie, że *stawka za 1 godzinę pracy pracownika ochrony z licencją lub wpisem na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej wynosi 10,20 zł netto plus obowiązująca stawka VAT tj. 12,55 zł brutto (słownie dwanaście 55/100 zł brutto).*

Zamawiający oświadczył, że o ile ceny podane w tabeli służyć miały skalkulowaniu łącznej ceny oferty o tyle ceny podane w ust. 3 pod tabelą miały na celu potwierdzenie (liczbowo i słownie) stawek za 1 godzinę pracy pracowników ochrony, które zostaną wprowadzone do § 3 ust. 3 umowy.

Zamawiający wskazał, że w celu doprowadzenia do zgodności ust. 2 i 3 formularza oferty Konsorcjum Jantar, pismem z 26 czerwca 2015 r. (nr FZP/W/295/2015), w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Zamawiający zapytał, czy pod tabelą w ust. 3 pkt. 2 Odwołujący podał cenę tylko dla obiektu

przy ul. Kołłątaja 1 (co sugerowałaby kwota 10,20 zł netto), czy może podana stawka dotyczy również pracownika ochrony w Akwarium Gdyńskim, co oznaczałoby błędną stawkę przyjętą w poz. 2 tabeli z ust. 2, w części dotyczącej obiektu przy al. Jana Pawła II 1 (Akwarium Gdyńskie MIR-PIB). Zamawiający zapytał również, czy dla obu tych obiektów zastosowano różne stawki wynagrodzenia dla pracowników z licencją lub wpisem na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej i czym to jest spowodowane.

Zamawiający oświadczył, że w żadnym momencie nie sugerował, że nie dopuszcza zróżnicowania stawek dla obu obiektów.

Zamawiający podał, że w odpowiedzi nadesłanej 1 lipca 2015 r. Odwołujący podał, że w formularzu oferty pod tabelą w ust. 3 pkt 2 powinny zostać uwzględnione dwie stawki za 1 godzinę pracy pracownika ochrony z licencją lub wpisem na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej:

- 8,68 zł netto, tj. 10,68 zł brutto dla obiektu przy ul. Kołłątaja 1
- 10, 20 zł netto, tj 12,55 zł brutto dla obiektu przy al. Jana Pawła II.

Zamawiający podniósł, że kwoty podane przez Odwołującego w wyjaśnieniu są inne niż w tabelce w formularzu oferty, w której podano, jak to powyżej podano. Zamawiający dodał, że kwoty podane przez Odwołującego w wyjaśnieniu spowodowałyby zmianę (zmniejszenie) ceny oferty o 13.418,56 zł netto.

W zaistniałej sytuacji Zamawiający uznał, że dalsze wyjaśnienia odnośnie tego, jakie stawki wynagrodzenia dla pracowników z licencją lub wpisem na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej chciał zastosować Odwołujący, mogą zostać uznane za sugerowanie przez Zamawiającego ceny oferty i będą nosiły znamiona niedozwolonych negocjacji ceny. Z tego powodu Zamawiający uznał, że ofertę należy odrzucić jako niezgodną z *dyspozycjami specyfikacji istotnych warunków zamówienia*, gdyż odwołujący nie potwierdził w ust. 3 formularza oferty liczbowo i słownie stawek za 1 godzinę pracy pracownika ochrony z licencją lub wpisem na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej przyjętych do skalkulowania ceny, podczas gdy właśnie te słownie potwierdzone stawki miały być przeniesione do umowy. Równocześnie według Zamawiającego został przez Odwołującego wprowadzony w błąd, podając inne stawki wynagrodzenia niż w tabeli, czym uniemożliwił doprowadzenie do zgodności zapisów złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. W wyniku uzyskanych wyjaśnień Zamawiający nie dowiedział się jaka powinna być finalna cena złożonej oferty i jakie stawki wynagrodzenia za 1 godzinę pracy pracownika ochrony z licencją (lub wpisem na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej) będą obowiązywały dla poszczególnych obiektów w okresie realizacji umowy.

Zdaniem Zamawiającego potwierdzeniem słuszności jego decyzji o odrzuceniu oferty

jest również fakt, że Odwołujący podtrzymuje swoje stanowisko dotyczące zmiany stawek wynagrodzenia w odwołaniu.

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

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Również na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących nie zostały złożone wnioski o odrzucenie odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowisko. Przystępujący nie stawiał się na posiedzenie i rozprawę, pomimo prawidłowego zawiadomienia o ich terminie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, piśmie Odwołującego z 16 kwietnia 2015 r., odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z 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 ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący, kwestionując odrzucenie swojej oferty, wykazał że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba stwierdziła, że zasadniczo nie ma potrzeby dokonywania dodatkowych ustaleń ponad okoliczności faktyczne adekwatnie opisane w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie {czego nie należy mylić z ocenami wyciągniętymi na ich podstawie przez Strony}, z jednym zastrzeżeniem. Odwołujący przyznał na rozprawie, że błędnie opisał w odwołaniu, że w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach wskazał dla obu obiektów stawki

licencjonowanych pracowników ochrony w sposób odpowiadający tabeli formularza oferty, gdyż w rzeczywistości podał je odwrotnie. W konsekwencji istotne dla sprawy okoliczności, faktyczne były niesporne.

Dodatkowo Izba ustaliła, że w zasadniczym dokumencie s.i.w.z. – instrukcji dla wykonawców:

- w ramach opisu sposobu przygotowania ofert (rozdział II) Zamawiający wskazał, że: wszystkie formularze zawarte w specyfikacji należy wypełnić ściśle według wskazówek zawartych w specyfikacji (pkt 10); wykonawca może złożyć ofertę na własnych formularzach, *których treść i układ graficzny muszą być zgodne z formularzami załączonymi do SIWZ (pkt 11)*;
- w ramach opisu sposobu obliczenia ceny oferty (rozdział XII) Zamawiający zawarł jedynie ogólne postanowienia, które nie opisują sposobu wypełnienia formularza ofertowego, rozumianego jako opis algorytmu dojścia od cen jednostkowych netto do ceny oferty; nie ma tu postanowienia, które wskazywałoby na odrębne znaczenie stawek wpisanych w tabeli i pod tabelą formularza oferty;

Izba ustaliła również, że z wzoru umowy (załącznik C do s.i.w.z.) wynika, że wynagrodzenie za realizację usług nie może przekroczyć {w domyśle ceny oferty}, jednak wynagrodzenie to będzie rozliczane miesięcznie za faktycznie przepracowane godziny według stawek jednostkowych wynikających {w domyśle z oferty}.

Na podstawie formularza oferty (pkt 2 i 3), wzoru umowy (§ 3), a także powyżej przywołanego wezwania do wyjaśnień Izba stwierdziła, że Zamawiający nie spodziewał się, że wykonawcy mogą zaoferować dla poszczególnych obiektów różne stawki dla licencjonowanych pracowników ochrony. Specyfikacja nie zawiera jednak żadnego postanowienia, które zakazywałoby wskazania dla jednego obiektu innej stawki niż dla drugiego w odniesieniu do pracowników na analogicznych stanowiskach (z takimi samymi wymaganiami).

Ponadto Zamawiający potwierdził na rozprawie, że nie uważał tego za niezgodne z treścią s.i.w.z., co uprzednio wyraził w odpowiedzi na odwołanie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Z tego ostatniego przepisu wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne {niż oczywiste pisarskie i rachunkowe} omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została odrzucona.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaofiarowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności.

Natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Samo nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelną zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J.

Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Z kolei zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Na podstawie przywołanego przepisu zamawiający jest uprawniony do żądania wyjaśnień jeżeli ma wątpliwości co do treści oferty, których nie jest w stanie samodzielnie rozwiązać. Przy czym nie ma przeszkód, aby zamawiający wzywał ponownie do wyjaśnień, jeżeli udzielone poprzednio wyjaśnienia nie usunęły pierwotnej wątpliwości lub spowodowały powstanie nowej wątpliwości. Wielokrotne wzywanie do wyjaśnień jest pożądane, o ile może przynieść jednoznaczne rozstrzygnięcie powstałych lub narosłych wątpliwości.

Z art. 87 ust. 1 zdanie 2 pzp wynika jedynie, że ewentualne próby zmiany przez wykonawcę treści oferty w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne (nieważne). Taki pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza między innymi w następujących wyrokach: z 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 992/09) i 5 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 616/11). W tym ostatnim orzeczeniu oraz w wyroku z 18 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 731/11) wyrażono również słuszny pogląd, że dla oceny prawidłowości skorzystania przez zamawiającego z instytucji przewidzianej w art. 87 ust. 1 pzp istotne jest, czy w ofercie znajdował się konkretny punkt zaczepienia dla dokonanego wezwania, pozwalający na stwierdzenie, że mamy do czynienia z wyjaśnianiem treści informacji już w niej zawartych.

Izba stwierdziła, że Odwołujący słusznie domaga się uchylecia decyzji o odrzuceniu jego oferty, gdyż Zamawiający błędnie uznał, że, po pierwsze – udzielenie przez Konsorcjum Jantar wyjaśnień, które mogły spowodować ewentualnie powstanie nowych wątpliwości, nie

wymaga ich rozwiania, natomiast może być poczytane za prowadzenie negocjacji, po drugie – oferta Konsorcjum Jantar jest sprzeczna z treścią s.i.w.z.

Udzielone przez Konsorcjum Jantar wyjaśnienia powinny rozwiać wątpliwości Zamawiającego co do zaoferowania odrębnych stawek wynagrodzenia licencjonowanych pracowników ochrony dla każdej z dwóch lokalizacji, gdyż od początku wynikało to z tabeli formularza ofertowego, a dodatkowo zostało potwierdzone. Wobec wyrażenia takiego oczekiwania w treści wezwania, Konsorcjum Jantar wyjaśniło również Zamawiającemu powody zastosowania zróżnicowanych stawek dla pracowników o takich samych kwalifikacjach.

Natomiast odwrócenie w wyjaśnieniach stawek dla poszczególnych lokalizacji nie mogło i nie spowodowało zmiany treści oferty. Zamawiający po prostu nie powinien brać pod uwagę tej części wyjaśnień, gdyż z żadnej części formularza ofertowego nie wynikało, aby dla obiektu przy ul. Kołłątaja 1 właściwa miała być stawka 8,68 zł netto. Odwrócenie stawek nie wprowadziło w błąd Zamawiającego, gdyż bez trudu zostało przez niego zidentyfikowane. Jednocześnie nic nie stało również na przeszkodzie, aby Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 pzp zwrócił się do Konsorcjum Jantar o wyjaśnienie odnośnie tej części wyjaśnień. Do naruszenia zakazu wynikającego z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp doszłoby wyłącznie wtedy, gdyby Zamawiający dokonał poprawienia oferty na podstawie tej części wyjaśnień, która nie znajduje oparcia w treści złożonego formularza oferty.

Zamawiający bezpodstawnie uznał również, że oferta Konsorcjum Jantar jest sprzeczna z treścią s.i.w.z., nie precyzując przy tym w uzasadnieniu tej decyzji, jaki element treści oferty uznał za sprzeczny z jakim postanowieniem s.i.w.z. Z podanego uzasadnienia wręcz wynika, że Zamawiający uznał niezgodność treści wyjaśnień z treścią oferty za niezgodność z treścią s.i.w.z. Z tej przyczyny Zamawiający nie był w stanie wskazać żadnego postanowienia s.i.w.z., a także oznacza, że podjęta przez niego decyzja była błędna.

Z kolei według odpowiedzi na odwołanie oferta Konsorcjum Jantar miałaby być sprzeczna z dyspozycją specyfikacji nakazującą potwierdzenie w pkt 3 formularza oferty liczbowo i słownie stawek podanych powyżej w pkt 2 tabeli formularza, aby przenieść je następnie do umowy. Jak już powyżej ustalono, w s.i.w.z. nigdzie nie sformułowano wprost takich dyspozycji. W szczególności trudno uznać za ową dyspozycję sam układ wzoru formularza ofertowego, który nie przewidywał w pkt 3, że w tabeli zamieszczonej w pkt poprzedzającym zostaną podane różne stawki dla poszczególnych obiektów. Ponadto opis stanowiska zamieszczony w ppkt 2 pkt 3 powielał opis stanowiska z poz. 1 tabeli dla obiektu przy ul. Kołłątaja 1, podczas gdy opis stanowiska w poz. 2 tabeli dla Akwarium Gdyńskiego

MIR-PIB jest odmienny (rozpoczyna się od słowa „portiernia”). Stąd Odwołujący, wobec wyrażonego jednocześnie w s.i.w.z. oczekiwania, aby treść i układ sporządzanego formularza odpowiadała treści i układowi wzoru, mógł uznać, że pod tabelą wyszczególniono tylko niektóre z powyżej opisanych stanowisk.

Należy zauważyć, że według logiki nowego stanowiska Zamawiającego oferta Konsorcjum Jantar powinna być uznana za niezgodą z *dyspozycjami specyfikacji* bez wzywania do wyjaśnień, skoro podstawą odrzucenia miałyby być niepotwierdzenie w pkt 3 formularza każdej ze stawek wpisanych w tabeli zamieszczonej w pkt 2 formularza.

Przed wszystkim tego typu dyspozycje, nakazujące w kilku miejscach zamieszczanie lub powielanie tej samej treści merytorycznej, nawet gdyby zostały wyrażone w dokumencie s.i.w.z., należałoby uznać za wymaganie o charakterze formalnym, którego niedotrzymanie nie mogłoby skutkować odrzuceniem oferty. Wpisanie stawki jednostkowej w jednym miejscu oferty w wystarczający sposób ujawnia wolę wykonawcy. Zupełnie nieprzekonujące jest zatem stanowisko Zamawiającego, że tabela służyła jedynie obliczeniu ceny oferty na potrzeby porównania ofert, a na potrzeby realizacji zamówienia znaczenie miały wyłącznie stawki podane pod tabelą.

W ocenie Izby w odniesieniu do formularza oferty Konsorcjum Jantar nie ma potrzeby zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, skoro nie można zidentyfikować postanowienia, z którym miałyby być sprzeczne nieprzepisanie pod tabelą wszystkich stawek podanych w tabeli, a ponadto nie ma to znaczenia dla ustalenia treści oferty odnośnie stawek jednostkowych obowiązujących przy rozliczaniu wykonywania usług w poszczególnych obiektach.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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 tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz

jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono w wysokości 3600 zł, na podstawie faktury złożonej do zamknięcia rozprawy. Izba nie uwzględniła wniosku o zaliczenie do uzasadnionych kosztów Odwołującego kosztów przejazdu, gdyż złożono w tym zakresie fakturę wystawioną przez jego pełnomocnika, w której uznano koszty przejazdu za „działalność prawniczą”. Z jednej strony według § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia wynagrodzenie pełnomocnika z tego tytułu nie może przekraczać kwoty 3600 zł, a takie już zostało zasądzone. Z drugiej strony trudno uznać fakturę, w której pełnomocnik występuje jako sprzedawca usługi przewozowej, za właściwe udokumentowanie rachunkiem kosztów przejazdu, o którym mowa w § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia, gdyż zarówno strona, jak i jej pełnomocnik mogą być nabywcą takiej usługi i domagać się zwrotu poniesionych z tego tytułu kosztów.

Przewodniczący: