

Sygn. akt KIO 2408/15

Sygn. akt KIO 2511/15

WYROK

z dnia 18 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Renata Tubisz**

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: **Dawid Wypych**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 listopada 2015 r.** w Warszawie odwołań wniesionych w dniu **5 listopada 2015 r.** oraz w dniu **15 listopada 2015 r.** przez wykonawcę: **KARPAT-BUD Sp. z o.o., Rogoźnica 305, 36-060 Głogów Małopolski** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Rzeszowską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A., ul. Szopena 51, 35-959 Rzeszów**, przy udziale konsorcjum wykonawców:

- A. ProAudio-AVT Sp. z o.o. (lider), ul. Graniczna 89a,54-530 Wrocław; Perfect Displays Sp. z o.o., ul. Ku Wiśle 7, 00-707 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **Sygn. akt KIO 2408/15 oraz Sygn. akt KIO 2511/15** - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2408/15 oraz o Sygn. akt KIO 2511/15 i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego **KARPAT-BUD Sp. z o.o.**,
 - 1.2. unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego konsorcjum: **ProAudio-AVT Sp. z o.o. (lider), Perfect Displays Sp. z o.o.**,
 - 1.3. nakazuje powtórzenie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z dyspozycją art. 17 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego.
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000,00 zł**

(słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisów od obydwu wniesionych odwołań,

2.2. zasądza od zamawiającego **Rzeszowskiej Agencji Rozwoju Regionalnego S.A., ul. Szopena 51, 35-959 Rzeszów** na rzecz odwołującego **KARPAT-BUD Sp. z o.o., Rogoźnica 305, 36-060 Głogów Małopolski** kwotę łączną **33 600 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych 00 gr) zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym:

- a) **30 000,00 zł** z tytułu wpisów od odwołań,
- b) **3 600,00 zł** z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 2408/15

Sygn. akt KIO 2511/15

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa wyposażenia dla Projektu pn. Budowa Centrum Wystawienniczo Kongresowego Województwa Podkarpackiego w zakresie wyposażenia w systemy Audio, Wideo, Oświetlenia i Centralnego Sterowania”, (Dziennik Urzędowy UE 2015/S 137-252203 z 18 lipca 2015 r.) w dniu 5 listopada 2011 r. zostało złożone pisemne odwołanie przez wykonawcę KARPAT-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie Małopolskim, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie (około godziny 8:30).

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego w dniu 27 października 2015 r. o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej konsorcjum: ProAudio-AVT Sp. z o.o. (lider); Perfect Displays Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Rzeszowskiej Agencji Rozwoju Regionalnego naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp, tj.: art. 7 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt. 3) a także art. 17 ust. 1 pkt 4) Pzp, a mianowicie:

- a) art. 7 ust. 1 i 2 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz subiektywną ocenę oferty odwołującego bez uwzględnienia składanych oświadczeń i wyjaśnień;
- b) art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, na skutek czego została wybrana oferta, która faktycznie nie jest ofertą najkorzystniejszą;
- c) art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, iż zachodziły przesłanki do zastosowania procedury naprawczej w postaci poprawienia innej omyłki o nieistotnym charakterze;
- d) art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez to, że nie wyłączono z prac komisji przetargowej osób podlegających takiemu wyłączeniu z mocy ustawy.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,

- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) dokonania czynności poprawienia innej pomyłki w ofercie odwołującego,
- 5) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Równocześnie odwołujący wnosił o:

- 6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania według norm przypisanych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że w dniu 27 października 2015 r. został poinformowany o odrzuceniu jego oferty. Odwołujący wyjaśniał, że złożył ofertę w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu na Dostawę wyposażenia dla Projektu pn. Budowa Centrum Wystawienniczo Kongresowego Województwa Podkarpackiego w zakresie wyposażenia w systemy Audio, Wideo, Oświetlenia i Centralnego Sterowania. Kryteriami oceny ofert określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia były cena i termin realizacji zamówienia. W kryterium „termin realizacji zamówienia” maksymalną liczbę punktów mogła uzyskać oferta wykonawcy, który zobowiązał się do realizacji zamówienia w terminie do 21 grudnia 2015 r. Odwołujący zaoferował realizację zamówienia w terminie do 21 grudnia 2015r. tzn. w kryterium „terminu realizacji” otrzymałby maksymalną liczbę punktów. Z uwagi na brzmienie art. 179 ust 1 ustawy Pzp odwołujący uzasadniał swój interes do wniesienia środka ochrony prawnej tym, że jego oferta zawiera najniższą cenę z wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, co oznacza, że gdyby ta oferta nie została odrzucona otrzymałaby największą ilość punktów i zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący podnosił, że kolejna, ale wybrana oferta konsorcjum Proaudio-AVT Sp. z o.o. oraz Perfect Displays Sp. z o.o. opiewa na kwotę o 440 915,49 zł wyższą.

Odwołujący dalej wyjaśniał, że ostateczna treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) została ustalona i opublikowana przez zamawiającego w dniu 24 września 2015 r. Opis sposobu przygotowania ofert stanowi pkt. 10 SIWZ. Odwołujący zaznaczał, że z żadnego zapisu SIWZ nie wynikał obowiązek dołączenia do oferty opisu tego, co wykonawcy oferują, co zdaniem odwołującego oznaczało, że wykonawcy nie zostali zobowiązani do przedstawienia w ofercie dokumentów lub oświadczeń, z których miała wynikać możliwość porównania zakresu oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Według odwołującego treść SIWZ w pewnym zakresie mogła umożliwić zamawiającemu weryfikację zakresu oferty na podstawie załącznika nr 2 do SIWZ zestawienie kosztów/wyliczenie ceny. Zaznaczał jednak, że załącznik ten, jak wskazuje sama jego nazwa, to wyliczenie ceny, swego rodzaju kosztorys, nie zaś opis przedmiotu oferty. Brak w SIWZ postanowień, które

przypisywałyby zestawieniu kosztów załączonemu do oferty jakiegokolwiek znaczenie przekładające się na zakres przyszłego zobowiązania, które powinno znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty. Odwołujący przyznał, iż z załącznika tego zamawiający mógł wywnioskować, w pewnych okolicznościach, co wykonawca oferuje, jednakże w związku z zapisami SIWZ wykonawcy nie byli zobowiązani wypełnić tego załącznika bez wprowadzania, w nim zmian czy też do załączenia do oferty innego załącznika, którego treść zawierałaby wszystkie elementy z załącznika nr 2. Wprawdzie pkt. 10.12 SIWZ stanowił, że oferta musi zawierać załącznik nr 2 do SIWZ, jednakże pkt. 10.15 SIWZ stanowił, że sporządzenie oferty na formularzach stanowiących załączniki do SIWZ jest co najwyżej zalecane nie zaś wymagane. SIWZ nie wymagała też, jak to wyżej wskazano, w przypadku np. wypełnienia innego zestawienia kosztów/wyliczenia ceny, aby to wyliczenie, co do treści, zawierało wszystkie elementy, na które wskazuje załącznik nr 2 do SIWZ np. o producencie, marce, modelu, nr katalogowym.

Odwołujący argumentował, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Dostawę wyposażenia dla Projektu pn. Budowa Centrum Wystawienniczo-Kongresowego Województwa Podkarpackiego w zakresie wyposażenia w systemy Audio, Wideo, Oświetlenia i Centralnego Sterowania jest dostawa w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, zgodnie z którymi dostawą - jest nabywanie rzeczy, praw lub innych dóbr tzn. zarówno sprzedaż, dostawa jak i np. nabywanie dzieła. Sprzedaż w rozumieniu kodeksu cywilnego to przeniesienie własności rzeczy na kupującego i wydanie mu rzeczy, dostawa to wytworzenie rzeczy oznaczonej co do gatunku oraz ich dostarczanie częściami lub okresowo zaś umowa o dzieło to wykonanie oznaczonego dzieła. W przypadku zamówienia będącego przedmiotem odwołania mamy do czynienia z dziełem. Wykonawca przedmiotowego zamówienia ma nie tylko przenieść własność rzeczy na kupującego i wydać mu rzeczy, ale w rzeczywistości wykonać dzieło w postaci wyposażenia Centrum Wystawienniczo-Kongresowego Województwa Podkarpackiego w systemy Audio, Wideo, Oświetlenia i Centralnego Sterowania, na które składa się m.in. instalacja i uruchomienie urządzeń a także ich obsługa gwarancyjna. Odwołujący przekonywał, że potwierdzeniem jego stanowiska są zapisy SIWZ. Pkt. 12.2 SIWZ oraz § 3 wzoru umowy stanowi, że wynagrodzenie za przedmiot zamówienia ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego. Wynagrodzenie ryczałtowe jest charakterystyczne dla umowy o dzieło i nie występuje w przypadku sprzedaży czy dostawy w rozumieniu kodeksu cywilnego.

Zdaniem odwołującego w przypadku oferty zawierającej cenę ryczałtową brak jest podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podstawą odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może być tylko niezgodność treści oferty z SIWZ, a sankcja ta wynika z

przepisu art. 82 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zaznaczał, że „Zestawienie kosztów” czy wyliczenie ceny jest dokumentem, który zasadniczo służy ustaleniom ceny, czyli wynagrodzenia wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia, nie stanowi zaś dokumentu potwierdzającego spełnianie przez dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 6 marca 2001 r. sygn. akt IV Ca 1147/00, jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego. W zakresie wyliczenia ceny (kosztorysu), a zgodności treści oferty z treścią SIWZ odwołujący powołał się na linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej w odniesieniu do załączonego (bądź nie) do oferty wyliczenia ceny (kosztorysu ofertowego) w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego. W wyroku z dnia 18 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1673/11) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zasadą jest, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorysy załączane do oferty mają charakter informacyjny, a braki w nich nie są podstawą do jej odrzucenia. Z kolei w wyroku z dnia 9 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 847/12) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż *„brak jakiegokolwiek elementu kosztorysu w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, wobec generalnego zobowiązania się do realizacji całego przedmiotu zamówienia wynikającego z SIWZ (co wynika wprost z formularza ofertowego) nie może świadczyć o niezgodności treści oferty z SIWZ, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że wskazane przez Zamawiającego rozbieżności nie uzasadniały decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.”* W innym wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (KIO 754/14) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła *„wobec braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w związku z załączonym przez niego do oferty kosztorysem ofertowym, stwierdzono w czynnościach podjętych przez Zamawiającego naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, w szczególności art. 89 ust 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych.”*

Odwołujący zaznaczał, że w zestawieniu kosztów/wyliczeniu ceny - realnej wycenie podlegało 357 pozycji. Zamawiający zakwestionował opis 11 pozycji. Mając na uwadze skalę omyłek oraz fakt, że jak wyżej wskazał - z żadnego zapisu SIWZ nie wynikał obowiązek wypełnienia całości załącznika nr 2 do SIWZ treścią, oraz przyjęto wynagrodzenie w formie ryczałtu - wskazane przez zamawiającego nieścisłości w zestawieniu kosztów w ocenie odwołującego - nie mogły stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy udzielone przez siebie wyjaśnienia dotyczące treści oferty uznał za w pełni uzasadnione i stanowiące równocześnie doprecyzowanie treści oferty w złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach, które nie upoważniało zamawiającego do odrzucenia złożonej oferty. Odwołujący wywodził, że gdyby nawet uznać, iż dokonał poprawek w treści oferty to jednocześnie podnosił, iż w przedmiotowej sytuacji istniały przesłanki do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący przekonywał, że rzekoma niezgodność oferty z treścią przedmiotu zamówienia dotyczyła zaledwie 11 pozycji na 357 podlegających ocenie. Stwierdził, iż nie dokonał żadnej modyfikacji w zakresie ceny wskazanych 11 urządzeń a jedynie sprecyzował ich oznaczenia katalogowe. Powyższe świadczy według odwołującego, iż miała miejsce ewidentna omyłka. Z powyższego odwołujący wnioskował, że taka fragmentaryczna niezgodność oferowanego przedmiotu w stosunku do specyfikacji nie może być uznana za wynik umyślnego działania wykonawcy. Właśnie w celu prostowania tego typu drobnych uchybień, które pozostają bez rzeczywistego wpływu na przedmiot zamówienia, służy instytucja korekty omyłki. Przeciwnie rozumienie powołanego przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp powodowałoby, iż instytucja ta byłaby martwa i iluzoryczna (tak KIO w wyroku z dnia 28 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 749/15, KIO 751/15, KIO 757/15. Zaznaczał, iż stan faktyczny przedmiotowego orzeczenia był bardzo zbliżony do niniejszego postępowania). Dalej rozważał, czy po ewentualnym stwierdzeniu, iż odwołujący dokonał korekty swojej oferty zamawiający mógł się uchylić od poprawienia oferty w powyższym zakresie. W ocenie odwołującego dokonanie korekty było obowiązkiem zamawiającego. Podkreślił, iż z 11 kwestionowanych pozycji w trzech przypadkach nie miałyby miejsce korekta a jedynie doprecyzowanie załącznika. W trzech pozycjach odwołujący wskazał „urządzenie własne”, które dopiero po wezwaniu do wyjaśnień zostało opisane przez pozycje katalogowe. Wobec powyższego korekta dotyczyłaby jedynie 8 urządzeń z 357 podlegających ocenie, co stanowi jedynie 2,24 % pozycji kosztorysu. Odwołujący przyznał, że wskazał jedynie typy urządzeń bez jakiegokolwiek korekty co do ceny urządzenia. Podnosił, że podobna sytuacja była przedmiotem innego rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 17 kwietnia 2015 r. (sygn. akt KIO 674/15). W uzasadnieniu przedmiotowego wyroku zawarto między innymi następujące tezy:

„(1) Sama czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, co nie zapewnia rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

(2) W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, czyli dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, z przepisu tego wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiście jest zatem, że w przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany, jest to, aby nie miała ona istotnego charakteru. Przy czym ocena tej kwestii jest uzależniona od okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji co do treści składanej oferty. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, zmiana zakresu przedmiotu świadczenia lub oba te czynniki występujące jednocześnie. Może, ale nie musi, gdyż dla oceny istotności wprowadzanych zmian znaczenie ma ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia

(3) Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 PZP nie ogranicza możliwości dokonywania zmian z punktu widzenia tego, czy dotyczą przedmiotowo lub podmiotowo istotnych albo nieistotnych elementów oferty, gdyż granicą dopuszczalności zmian jest to, aby nie prowadziła ona do znaczącej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez wykonawcę.

(4) Rozumienie "innej omyłki" z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może nawet wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią siwz. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP."

Przenosząc powyższe ustalenia na grunt niniejszej sprawy odwołujący podtrzymał, że nawet w przypadku uznania, iż poprzez złożenie wyjaśnień dokonał modyfikacji oferty, to i tak nie istniały podstawy do odrzucenia oferty KARPAT -BUD Sp. z o.o. Uznał, że zamawiający

odrzuć ofertę bez dostatecznego uzasadnienia, nie rozważono nawet czy ewentualne poprawki mają charakter istotnych, czy prowadzą do istotnej, o ile w ogóle, zmiany w zakresie i sposobie dostaw. Uznał, że i dokonana czynność uchybia zasadom Prawa zamówień publicznych. Prowadzi do zwiększenia wydatkowania środków publicznych na realizację przedmiotu zamówienia, bez racjonalnego uzasadnienia. Uchybia także zasadom uczciwej konkurencji, bowiem nie sposób uznać, iż pomyłka co do opisu 8 a nawet 11 pozycji spośród 357 wykazanych przez wykonawcę stanowi uzasadnioną przyczynę dla skreślenia odwołującego z listy oferentów.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez to, że nie wyłączono z prac komisji przetargowej osób podlegających takiemu wyłączeniu z mocy ustawy - odwołujący ponosił, że członkami komisji przetargowej powołanej w dniu 14 lipca 2015 r. uchwałą Zarządu RARR S.A. Nr 53/2015 byli W. S. oraz M. K. . Skład komisji przetargowej został zmieniony w dniu 16 października 2015 r. uchwałą Zarządu RARR S.A. Nr 81/2015. Mimo zmiany składu komisji, osoby te w pracach komisji przetargowej brały udział cały czas, aż do zakończenia prac w dniu 27 października 2015 r.

Odwołujący wyjaśniał, że panowie W. S. oraz M. K. pełnili funkcje Inżyniera Kontraktu oraz Inżyniera do Spraw Realizacji przy realizacji zamówienia pod nazwą "Budowa Centrum Wystawienniczo Kongresowego Województwa Podkarpackiego", którego wykonawcą jest konsorcjum firm: Best Construction Sp. z o.o. oraz KARPAT-BUD Sp. z o.o. Odwołujący twierdził, iż w trakcie realizacji wymienionego zamówienia swoim postępowaniem lub zaniechaniami wymienione osoby działały niejednokrotnie na jego szkodę. Pan W. S. oraz pan M. K. podpisali m.in. Polecenie wykonywania konstrukcji stalowej, która wg przedstawionych ekspertyz rzeczoznawców budowlanych stanowiła zagrożenie dla bezpieczeństwa budynku. Wówczas, w dniu 12.11.2014 r. przedstawiciel oferenta, w imieniu lidera konsorcjum w skład, którego wchodzi KARPAT-BUD złożył zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez tych właśnie członków komisji tj. pana W. S. oraz pana M. K. - sygn. akt Prokuratury Apelacyjnej w Rzeszowie Ap V Ds. 7/15. Prokuratura uznała RARR S.A. (Zamawiający w niniejszym postępowaniu) za „pokrzywdzoną” i wysłała kopie akt zamawiającemu. Skutkiem tego zamawiający zlecił wykonanie nowego projektu konstrukcji poprzez weryfikację starego oraz podpisał stosowne umowy o Roboty Dodatkowe z KARPAT-BUD. W czasie trwania tej budowy odwołujący wielokrotnie informował zamawiającego o trwałym konflikcie z oboma członkami komisji przetargowej, (załączył przykładowe pisma potwierdzające istnienie konfliktu w załączeniu). Uznał, że prawdopodobnie konflikt między odwołującym a W. S. był powodem odwołania Pana W. S. z funkcji Inżyniera Kontraktu na budowie Centrum Wystawienniczo - Kongresowego w lutym 2015 r.

Przedstawione okoliczności, według odwołującego świadczą o tym, że W. S. i M. K. pozostają z odwołującym w takim stosunku faktycznym, że budzi to uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób. Zaznaczał, że artykuł 17 ust. 1 pkt 4 Pzp nakazuje wyłączyć z postępowania osoby, których stosunek do wykonawcy może budzić uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności. Czynności w postępowaniu, podejmowaniu, w których uczestniczyły osoby podlegające wyłączeniu podlegają powtórzeniu za wyjątkiem czynności otwarcia ofert. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania powinny złożyć oświadczenie o okolicznościach stanowiących podstawę do ich wyłączenia. W. S. oraz M. K. po otwarciu ofert złożyli na załączniku ZP-1 m.in. oświadczenia, że nie pozostają z żadnym wykonawcą (czyli również odwołującym) w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności.

Odwołujący przeczytał wymienione wyżej oświadczenia jako nieprawdziwe, zatem uznał, że zamawiający jako instytucja samorządowa, która dowiedziała się o tym, w związku ze swą działalnością, ma w świetle art. 304 § 2 Kodeksu postępowania karnego obowiązek niezwłocznie zawiadomić o tym prokuratora lub policję.

Na podstawie powyższych faktów, odwołujący stwierdził, iż w jego ocenie - lekkomyślne działania zamawiającego, prowadzą do dodatkowego wydatku ze środków publicznych w kwocie przekraczającej 400 tys. zł mogą wynikać z personalnego konfliktu między kadrą kierowniczą KARPAT-BUD Sp. z o.o. a członkami komisji przetargowej panem W. S. i panem M. K. .

Odwołujący ponowił argumentację, że jego oferta jest ważna i nie podlega odrzuceniu, realizacja której pozwoli zamawiającemu wydatkować mniej środków publicznych o ponad 400 tys. zł. Wybór, niepodlegającej odrzuceniu oferty odwołującego spowoduje, że zamawiający zrealizuje wydatki publiczne w sposób celowy i oszczędny, a właśnie w sposób celowy i oszczędny mogą być ponoszone wydatki publiczne zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r. poz. 885). Podtrzymał, że jego oferta spełnia wszystkie wymagania zamawiającego. Zaznaczał, że nie mógł zweryfikować, co oferowali inni wykonawcy w zestawieniu kosztów/wyliczeniu ceny bowiem te elementy oferty zostały w całości zastrzeżone przez wykonawców i nie było możliwości ich weryfikacji.

W dniu 15 listopada 2015 r. odwołujący KARPAT-BUD Sp. z o.o. Rogoźnica 305, 36-060 Głogów Małopolski wniósł kolejne odwołanie w tym samym postępowaniu na dokonaną czynność zamawiającego ponownej oceny ofert z dnia 5 listopada 2015 r. i ponowne odrzucenie złożonej przez odwołującego oferty.

W odwołaniu z dnia 15 listopada 2015 r. na wynik postępowania podany dnia 5 listopada 2015 r. odwołujący ponowił tą samą argumentację. Dodał, że mimo zgłaszanych żądań zamawiający do dnia 9 listopada 2015 r. nie udostępnił mu protokołu postępowania, dokumentującego nowo przeprowadzone czynności.

Zaznaczał, że dokonując ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający jako podstawę wziął pod uwagę wynik prac komisji przetargowej (w składzie zmienionym 5 listopada 2015 r.), wykorzystując jednocześnie wyjaśnienia odwołującego z dnia 26 października 2015 r. będące odpowiedzią na wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp z 23 października 2015 r. w wyniku prac komisji przetargowej, w której uczestniczyli panowie W. S. i M. K., pełniący odpowiednio funkcje Inżyniera kontraktu oraz Inżyniera do spraw realizacji inwestycji, której obiekty mają zostać wyposażone w ramach przedmiotowego zamówienia, i z którymi odwołujący pozostawał poważnie skonfliktowany na tle wykonywania umowy o budowę obiektu, a inwestorem był ten sam zamawiający, co odwołujący zobrazował dowodami (pismami) załączonymi do odwołania z dnia 5 listopada 2015 r. Przedstawione okoliczności potwierdzają, że panowie W. S. i M. K. pozostają z odwołującym w takim stosunku faktycznym, iż budzi to uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności - z czym zamawiający się zgodził przez sam fakt wyłączenia tych osób ze składu komisji przetargowej.

Odwołujący zaznaczał, że czynności w postępowaniu, w podejmowaniu których uczestniczyły osoby podlegające wyłączeniu podlegają powtórzeniu, za wyjątkiem otwarcia ofert. Oznacza to, że powtórzeniu podlegają wszystkie czynności po otwarciu ofert, Czynnością taką jest między innymi wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Tymczasem, dokonując ponownego wyboru tej samej oferty i odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający brał pod uwagę wyjaśnienia odwołującego z dnia 26 października 2015 r. - na wezwanie z dnia 23 października 2015 r. Jeżeli do rozstrzygnięcia postępowania wyjaśnienia takie były zamawiającemu niezbędne, zobowiązany jest do powtórzenia czynności wezwania do wyjaśnienia treści złożonej oferty, czego zamawiający nie dokonał, i co narusza art. 17 ust. 1 pkt 4 i ust. 3 ustawy Pzp, i z kolei czyni iluzoryczną normę art. 17 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem mimo częściowego uwzględnienia poprzedniego odwołania i uznania, że kwestionowane osoby nie powinny brać udziału w postępowaniu, a ich udział w pracach komisji uznał odwołujący za kluczowy - brały nie tylko udział w otwarciu ofert, ale również uczestniczyły w podejmowaniu dalszych decyzji względem oferty odwołującego.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 5 listopada 2015 r. przekazane drogą elektroniczną zgłoszenie do postępowania odwoławczego Sygn. akt KIO 2408/15 (w kopii przesłane stronom) złożyło w dniu 9 listopada 2015 r. konsorcjum wykonawców: ProAudio-AVT Sp. z o.o. (lider) ul. Graniczna 89a,54-530 Wrocław; Perfect Displays Sp. z o.o., po stronie

zamawiającego, które wносиło o oddalenie odwołania oraz powołało się na okoliczność, iż jego oferta została wybrana do realizacji zamówienia, zatem interes konsorcjum sprowadza się do utrzymania w mocy tej czynności zamawiającego.

W dniu 17 listopada 2015 r. konsorcjum wykonawców: ProAudio-AVT Sp. z o.o. (lider), Perfect Displays Sp. z o.o. złożyło kolejne przystąpienie do postępowania odwoławczego Sygn. akt KIO 2511/15 po stronie zamawiającego, (w kopii przesłane stronom) z takim samym uzasadnieniem interesu w popieraniu stanowiska zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w obydwu łącznie prowadzonych postępowaniach odwoławczych konsorcjum wykonawców: ProAudio-AVT Sp. z o.o. (lider); Perfect Displays Sp. z o.o., uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane. Wykonawca ten ma rzeczywisty interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż w takim przypadku zostanie mu powierzona realizacja przedmiotowego zamówienia.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołań na zasadzie przepisów art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie i do protokołu rozprawy podtrzymał stanowisko, o którym powiadomił wykonawców. Podał, że czynność, której unieważnienia żąda odwołujący, tzn. ocena ofert z dnia 27.10.2015 r. jest już unieważniona. Pozostał jeden przedmiot sporu - ocena oferty odwołującego. Zdaniem zamawiającego, nie miał on podstaw do poprawienia omyłek w ofercie odwołującego, ponieważ dyspozycja art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie została wyczerpana. Zamawiający nie miał żadnych możliwości, żeby stwierdzić, w jaki sposób omyłki, na które powołuje się odwołujący powinny być poprawione. Jedynym źródłem wiedzy na ten temat były wyjaśnienia odwołującego. Powołał się na art. 87 ust. 1 Pzp - zakaz negocjowania treści oferty. Zaznaczał, nie może być tak, iż wykonawca przyznając niezgodność treści swojej oferty – wyjaśnieniami jednocześnie zupełnie zmienia swoje oświadczenie woli - pierwotnie złożone. Można sprostować zaistniałą omyłkę, jeżeli ma rzeczywiście ona taki charakter, jest wynikiem zniekształconego oświadczenia woli, nie można zastąpić pierwotnego oświadczenia zupełnie innym oświadczeniem woli. Muszą być spełnione przesłanki: 1. Niezgodność ma charakter omyłki, czyli niecelowego działania, 2. Musi to wynikać z całokształtu okoliczności, 3. Zamawiający musi wiedzieć, jak poprawić taką omyłkę. W tym celu potrzebne są wyjaśnienia wykonawcy i takie wyjaśnienia zamawiający od odwołującego uzyskał, w celu upewnienia się co do rozumienia treści oferty wykonawcy i rozważenia możliwości jej ew. naprawy i sposobu tej poprawy. Wyjaśnienia powinny respektować zasady art. 87 ust. 1 Pzp i nie prowadzić do zmiany treści oferty, W stanie faktycznym tego postępowania miały miejsce takie przypadki,

gdzie odwołujący zaoferował urządzenie X, a w wyjaśnieniach żąda zmiany na urządzenie Y. W części zaproponował urządzenia własne nie wskazując ani modelu, ani numeru katalogowego, ani marki. Zamawiający zaznaczał, że z żadnych innych danych zawartych w tej ofercie niemożliwe było ustalenie, że wolą odwołującego było zaoferowanie takich urządzeń, jakie wskazał w wyjaśnieniach. Jeżeli nie ma absolutnie żadnych danych na temat tego, jakie urządzenie odwołujący zamierzał zaoferować, to zamawiający nie mógł dokonać poprawy w ofercie odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Zamawiający powołał się na stanowisko odwołującego, że urządzeń na rynku jest wiele, spełniających parametry minimalne, i dlatego oczekiwał, że wykonawca w ofercie dookreśli, jakie konkretnie urządzenie oferuje. Powołał się na jednoznaczne rozumienie Zał. 2, że obligatoryjnie należało podać model, markę, producenta i zamieścić informację o numerze karty katalogowej. Zamawiający nie zgodził się z tezą odwołującego, że skoro nie zażądał dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, to tym samym zamawiający nie mógł dokonać weryfikacji zaoferowanych urządzeń przez odwołującego. Wskazywał na swoje prawo do weryfikowania, czy zaoferowane, urządzenia spełniają wyznaczone parametry - w oparciu o wszystkie dostępne mu dane. Jeżeli poweźmie wątpliwości, to wówczas korzysta z procedury wyjaśnień.

Przechodząc do drugiego zarzutu - uwzględnionego tzn. składu komisji przetargowej, w ocenie zamawiającego nie zmieniałyby się treść oferty, ani treść wyjaśnień udzielonych przez odwołującego. Zamawiający stwierdził, że również treść zapytań kierowanych do wykonawcy i w związku z tymi wyjaśnieniami udzielane odpowiedzi nie mogłyby się zmienić. Wezwanie do wyjaśnień zostało podpisane przez zarząd i 2 innych członków komisji przetargowej niż wyłączeni. W ramach ponownej oceny ofert podjęto taką samą decyzję i zdyskwalifikowano ofertę odwołującego. Zamawiający odnośnie argumentu, że nie było możliwe przeprowadzenie w tak krótkim czasie pełnej oceny złożonych ofert - zaznaczał, że w składzie komisji przetargowej pozostało 3 jej niewyłączonych członków, którzy mieli wiedzę o treści ofert. Zdaniem zamawiającego odwołujący nie wykazał, żeby te dwie wyłączone osoby miały jakikolwiek wpływ na losy jego oferty.

Za nieuprawnioną zamawiający uznał tezę, że nie można odrzucić oferty niezgodnej z treścią SIWZ, gdy wynagrodzenia ma charakter ryczałtowy. Zamawiający podtrzymał argumenty opisane w odpowiedzi na odwołanie, że przytoczone przez odwołującego orzecznictwo dotyczy oceny kosztorysów ofertowych w przypadku postępowań na roboty budowlane. Zamawiający uznał, że w obydwu odwołaniach brak jest odniesienia do pozycji szczegółowych zakwestionowanych przez zamawiającego w aspekcie możliwości dokonania poprawy w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Jeżeli nawet zamawiający dopuścił jakieś odstępstwa formalne w zakresie wymaganych formularzy, w tym dotyczące Zał. 2, to uznał za

niewątpliwe, że postawił jednoznaczny wymóg, ażeby ten załącznik zawierał wszystkie treści wymagane. Treść wymagana wg. wzorów powinna znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty, w zakresie: marki, modelu zaoferowanego urządzenia, numeru karty katalogowej. Zamawiający wymagał wypełnienia tych formularzy oświadczeniami własnymi wykonawcy. Przywołał wyrok KIO sygn. akt KIO 1235/15, który potwierdza jego stanowisko. Zamawiający wyjaśniał, że przeliczył wartościowy udział pozycji nieprawidłowo wypełnionych w ofercie odwołującego i jest to około 9% wartości. Argument wartościowy nie może mieć przesądzającego znaczenia, gdyż urządzenia miały pracować w systemach wzajemnie powiązanych i gwarantować ich prawidłowe funkcjonowanie. Nawet jedno niedostosowane urządzenie mogłoby spowodować nieosiągnięcie zakładanych funkcjonalności systemu. Wyjaśnieniami wykonawca odwołujący dokonał zmiany własnej oferty, względnie dopiero w wyjaśnieniach sprecyzował oferowany przedmiot, wobec czego zamawiający podtrzymał, że nie miał podstaw do sprostowania oferty w trybie omyłek w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Zamawiający wyjaśniał, że na jego zlecenie firma TRIAS AVI Sp. z o.o. opracowała dokumentację techniczną przedmiotowego postępowania, a osoby, które wydawały opinię na temat oferty odwołującego są zatrudnione przez TRIAS. W warunkach umowy z TRIAS było wsparcie zamawiającego w zakresie wyjaśnień do SIWZ i opiniowania ofert. Zamawiający jednocześnie potwierdził, że treść stanowiska ekspertów jest odzwierciedlona w wezwaniu do odwołującego z 23 października 2015 r., a eksperci złożyli oświadczenia w trybie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Przystępujący - konsorcjum wykonawców: ProAudio-AVT Sp. z o.o. (lider); Perfect Displays Sp. z o.o. popierał stanowisko zamawiającego i wnosił o oddalenie odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze zmianami i wyjaśnieniami, oferty odwołującego, korespondencji stron.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów wniesionych odwołań, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego - dopuszczonych przez Izbę z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp jako dowód - wynika następujący stan faktyczny.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ wersja z 24 września 2015 r.)

Punkt 3) Opis przedmiotu zamówienia. Dostawa wyposażenia dla Projektu pn. Budowa Centrum Wystawienniczo Kongresowego Województwa Podkarpackiego w zakresie

wyposażenia w systemy Audio, Wideo, Oświetlenia i Centralnego Sterowania. Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia określa załącznik nr 7 do SIWZ.

Punkt 4) Termin wykonania zamówienia do 28 grudnia 2015 r.

Punkt 10.7) Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Punkt 10.10) Przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca bezwarunkowo akceptuje warunki przetargu określone w niniejszej SIWZ.

Punkt 10.15) Zaleca się sporządzenie oferty na formularzach stanowiących załączniki do SIWZ.

Punkt 10.12 ppkt 2 i 7) w punkcie 10.12 ppkt 2 zamawiający wymagał prawidłowo wymienionych formularzy ofertowych stanowiącym Zał. 1 i zał. 2 do SIWZ, w pkt 10.12 ppkt. 7 zamawiający zapisał, aby wykonawca nie dokonywał żadnych zmian dotyczących treści oferty we wzorach wymaganych formularzy i załącznikach. Pierwsza rubryka stanowi opis zamawiającego. Zamawiający też podał oznaczenie - przez co należy rozumieć rodzaj rozwiązania technicznego, jakiego zamawiający oczekuje. Natomiast marka, model, producent urządzenia - powinna być podana przez wykonawcę.

Punkt 11.1) Termin składania ofert 19 października 2015 r.

Punkt 12.2) Wynagrodzenie za przedmiot zamówienia ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego.

Punkt 12.4) Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia.

Punkt 12.6) W cenie brutto należy uwzględnić wszystkie koszty związane z całkowitym zgodnym z prawem wykonaniem przedmiotu zamówienia.

Punkt 13.1) Wszystkie oferty niepodlegające odrzuceniu będą oceniane według następujących kryteriów.

- a) Cena 95%
- b) Termin realizacji zamówienia 5%

Punkt 28) Wykaz załączników, w tym:

Załącznik nr 1 do SIWZ - formularz oferty,

Załącznik nr 2 - zestawienie kosztów/wyliczenie ceny, obejmuje: nazwę urządzenia, opis, oznaczenie. W ramach opisu wykonawca zobowiązany był podać nazwę - model, markę, producenta, numer katalogowy, cenę jednostkową pozycji, wartość netto i brutto.

Załącznik nr 6 - wzór umowy.

W § 1 podano. Przedmiotem umowy jest Dostawa wyposażenia dla Projektu pn. Budowa Centrum Wystawienniczo Kongresowego Województwa Podkarpackiego w zakresie wyposażenia w systemy Audio, Wideo, Oświetlenia i Centralnego Sterowania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (...), szczegóły przedmiotu umowy określa SIWZ oraz oferta wykonawcy, stanowiąca integralną część niniejszej umowy.

W ramach przedmiotu umowy wykonawca zobowiązany jest do:

Do dostarczenia w formie pisemnej dokumentacji, która będzie zawierała: konfigurację urządzeń; instrukcję obsługi, eksploatacji i zarządzania urządzeniami,

Montaż w miejscach wskazanych przez zamawiającego (...).

W § 3 podano. Cena zawiera w szczególności następujące składniki; Wartość netto dostarczonego przedmiotu umowy, koszty opakowania, rozpakowania, transportu, zainstalowanie, sprawdzenie, dokonanie prób i pomiarów, uruchomienie oraz przeszkolenie pracowników.

Załącznik nr 7 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, w tym:

- a) Dokumentacja projektowa – część opisowa – stron 45;
- b) Specyfikacja urządzeń – stron 68;
- c) Przedmiar robót – stron 14;
- d) Rysunki – szt. 27.

W dniu 24 września 2015 r. zamawiający dokonał modyfikacji dokumentacji przetargowej, w tym w zakresie załączników: 2; 6 i 7

Zamawiający udzielał wyjaśnień do SIWZ.

Wyjaśnienia nr 1 z 24.09.2015 r. na pytanie 6 – parametry techniczne określone w Specyfikacji urządzeń należy traktować jako minimalne, konieczne do spełnienia przez oferowane urządzenie. Dopuszczalne jest zaoferowanie urządzenia o parametrach nie gorszych niż przedstawione w wymaganiach dla panelu dotykowego typ 4 oznaczonego jako TP/4. Wyjaśnień o podobnej treści zamawiający udzielał wielokrotnie w odniesieniu do różnych urządzeń.

W wyjaśnieniach Nr 2 do SIWZ zamawiający dopuścił urządzenia o wnioskowanych przez wykonawców parametrach, jako równoważne, tj. spełniające parametry, co najmniej minimalne.

Zamawiający podkreślał (str. 32 wyjaśnień Nr 2, powtarzane wielokrotnie), że dopuszcza składanie ofert w oparciu o urządzenia i materiały równoważne, tj. które spełniają wszystkie minimalne cechy techniczne, funkcjonalne i jakościowe, określone w SIWZ oraz w zał. do

SIWZ. Zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp wykonawca jest zobowiązany wykazać, iż oferowane przez niego urządzenia spełniają minimalne wymagania określone przez zamawiającego, co wykonawca będzie mógł uczynić na etapie składania oferty. Ocena równoważności zostanie dokonana na zasadzie spełnia/niespełna.

Załącznik nr 1 do SIWZ – formularz oferty w punkcie 4 postanawia – My niżej podpisani oświadczamy, że:

- 1) Zapoznaliśmy się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia;
- 2) Gwarantujemy wykonanie niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmianą.
- 6) Akceptujemy bez zastrzeżeń wzór umowy.

Oferty złożyło 3 wykonawców:

1. konsorcjum: ProAudio-AVT Sp. z o.o. (lider) ul. Graniczna 89a,54-530 Wrocław; Perfect Displays Sp. z o.o., ul. Ku Wiśle 7, 00-707 Warszawa, cena brutto - 11 297 110,74 zł,

2. KARPAT-BUD Sp. z o.o. Rogoźnica 305, 36-060 Głogów Małopolski - cena brutto - 10 856 195,25 zł. W ofercie odwołującego wykonawcy tajemnicą przedsiębiorstwa został objęty Załącznik nr 2 Formularz asortymentowo-cenowy dostarczanych urządzeń. Wykonawca uzasadniał, że dane zawarte w nim spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zawierają informacje stanowiące własność przedsiębiorstwa - podają zastosowane urządzenia i ich ceny.

3. Konsbud Audio Sp. z o.o. cena brutto - 11 594 091,93 zł.

Zamawiający wybrał ofertę konsorcjum ProAudio-AVT Sp. z o.o. (lider), ul. Graniczna 89a, 54-530 Wrocław; Perfect Displays Sp. z o.o.

W zawiadomieniu z dnia 27 października 2015 r. o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający podał, że oferta odwołującego nr 2 została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W ocenie zamawiającego zaoferowane przez wykonawcę produkty objęte poz. nr: 11,20,26,37,38,44,46,47,57,67,68 nie są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Z uwagi na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa załącznika nr 2 zestawienie kosztów/wyliczenie ceny, szczegółowe uzasadnienie odrzucenia oferty zostanie przekazane wyłącznie wykonawcy, którego oferta została odrzucona.

Uprzednio w dniu 23 października 2015 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie załącznika nr 2, pozycji nr: 3,9,10,11,17,20,26,37,38,44,46,47,49,57,67,72,121,122,307,387,292.

UWAGA:

PONIŻSZY PODKREŚLONY TEKST STANOWI TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA

Z protokołu postępowania wynika, że w dniu 14 lipca 2015 r. została powołana komisja przetargowa w składzie:

- a) W. D. - przewodniczący
- b) W. S.
- c) A. L. - sekretarz
- d) M. K.

W dniu 16 października 2015 r. zmieniono skład komisji - poszerzono komisję o osobę M. M.

Członkowie komisji przetargowej złożyli oświadczenia pod odpowiedzialnością karną (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp) na podstawie art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, że nie podlegają wyłączeniu z postępowania, w tym nie pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób.

W dniu 5 listopada 2015 r. zarząd Rzeszowskiej Agencji Rozwoju Regionalnego S.A. powołał komisję przetargową zmienionym składzie do dalszego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa wyposażenia dla Projektu pn. Budowa Centrum Wystawienniczo Kongresowego Województwa Podkarpackiego w zakresie wyposażenia w systemy Audio, Wideo, Oświetlenia i Centralnego Sterowania" w następującym składzie:

- W. D. - przewodniczący
- b) A. L. - sekretarz
- c) M. M.

W dniu 5 listopada 2015 r. zamawiający powiadomił wykonawców i Izbę, że działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907 ze zm.) po rozpatrzeniu odwołania wniesionego przez Karpat-Bud Sp. z o.o. (...) Zamawiający uwzględni odwołanie w zakresie żądania powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

W zakresie żądań objętych punktem 4 i 5 odwołania rozstrzygnięcie zapadnie w trakcie powtórzonych czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem komisji przetargowej w zmienionym składzie. W uzasadnieniu zamawiający podał, że celem rozwiania wszelkich wątpliwości co do prawidłowości czynności dokonanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postanowił powtórzyć czynności w zakresie wyżej opisanym.

W dniu 5 listopada 2015 r. około godziny 20:40 zamawiający powiadomił wykonawców, iż po dokonaniu ponownego badania i oceny złożonych ofert wybrano najkorzystniejszą ofertę, złożoną przez konsorcjum: ProAudio-AVT Sp. z o.o. (lider) ul. Graniczna 89a, 54-530 Wrocław; Perfect Displays Sp. z o.o., ul. Ku Wiśle 7, 00-707 Warszawa.

Liczba ofert odrzuconych 1. Odrzucona zostaje oferta nr 2, złożona przez KARPAT-BUD Sp. z o.o. Oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, albowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W ocenie zamawiającego zaoferowane przez wykonawcę produkty objęte poz. nr: 11,20,26,37,38,44,46,47,57,67,68 nie są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Z uwagi na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa załącznika nr 2 zestawienie kosztów/wyliczenie ceny, szczegółowe uzasadnienie odrzucenia oferty zostanie przekazane wyłącznie wykonawcy, którego oferta została odrzucona.

Zawiadomienie ze szczegółowym uzasadnieniem faktycznym odrzucenia oferty odwołującego z dnia 5 listopada 2015 r. podaje:

UWAGA:

PONIŻSZY PODKREŚLONY TEKST STANOWI TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA

Powyższe uzasadnienie w odniesieniu do poszczególnych pozycji, pozostaje dokładnie zbieżne z uzasadnieniem przekazanym odwołującemu w dniu 27 października 2015 r.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - skoro jego oferta, jako zawierająca korzystniejszą cenę niż wybranego wykonawcy - została odrzucona i nie podlegała ocenie w ustalonych kryteriach. Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził - niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny złożonej oferty, które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

Zgodnie z przepisem art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Jednocześnie Izba zasadność zarzutów odwołania ocenia na moment jego wniesienia.

Izba nie mogła zatem pominąć okoliczności, objętych także zarzutami drugiego odwołania, że dnia 5 listopada 2015 r. zamawiający powiadomił wykonawców, iż działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907 ze zm.) po rozpatrzeniu odwołania wniesionego przez KARPAT-BUD Sp. z o.o. (...) uwzględni odwołanie w zakresie żądania powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Zmieniając skład komisji przetargowej - również w dniu 5 listopada 2015 r. zamawiający, w ocenie Izby przyznał zarzuty odwołującego co do zasadności wyłączenia z prac komisji przetargowej jej członków w osobach: W. S. oraz M. K. .

Okoliczności przemawiające za podstawami wyłączenia przewidziane art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, iż wymienione wyżej osoby pozostawały z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób - odwołujący udokumentował pismami: zawiadomieniem do organów ścigania o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez W. S. oraz M. K. oraz skargami na działania pana W. S. i pana M. K. w trakcie realizacji zamówienia dla tego samego zamawiającego - na budowę Centrum Wystawienniczo Kongresowego Województwa Podkarpackiego, którego wykonawcą w ramach konsorcjum jest także odwołujący.

Brak było podstaw do przyjęcia, iż zmiana składu komisji przetargowej nastąpiła z innych przyczyn, niż podnoszone w odwołaniu. Stosownie do postanowień art. 190 ust. 5 ustawy Pzp - fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną nie wymagają przeprowadzenia dowodu. Skoro zamawiający uznał w tym zakresie zarzuty, i w ich efekcie wyłączył ze składu komisji przetargowej panów W. S. i M. K. - nie zachodziła potrzeba oceny przez Izbę złożonych przez odwołującego dowodów dotyczących tego zagadnienia.

Istotne natomiast dla dalszego przebiegu danego postępowania przetargowego i kontynuacji czynności podejmowanych przez zamawiającego - pozostają prawne konsekwencje wyłączenia ze składu komisji dwóch jej członków.

Rozstrzygając sprawę Izba miała na uwadze następujące regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 17 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, w tym pkt. 4): jeżeli pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób. Z kolei art. 17 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje obligatoryjne powtórzenie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez osoby podlegające wyłączeniu po powzięciu przez nich wiadomości o okolicznościach, o których mowa w ust. 1 art. 17 Pzp, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania. Generalna zasada określona w art. 7 ust. 2 ustawy Pzp nakazuje aby czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Zdaniem Izby zarówno zamawiający, jak i panowie W. S. i M. K. od początku przedmiotowego postępowania przetargowego wiedzieli o swoim istotnym konflikcie z odwołującym, oraz że ich udział w komisji przetargowej dla niniejszego postępowania mógł

obiektywnie budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronnych zachowań wobec odwołującego, jako wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie.

Komisja przetargowa w myśl art. 20 ust. 1 i 3 ustawy Pzp jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz do badania i oceny ofert. Komisja przetargowa w szczególności przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty a także w zakresie, o którym mowa w ust. 1 występuje z wnioskiem o unieważnienie postępowania.

Komisja przetargowa podejmuje czynności kolegialnie. Wadliwe umocowanie poszczególnych członków komisji przetargowej determinuje konieczność powtórzenia wszystkich czynności, z wyjątkiem otwarcia ofert i czynności faktycznych obojętnych dla wyniku postępowania.

Należało zważyć, iż zamawiający wzywał odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w odniesieniu do znaczącej liczby pozycji formularza cenowego (zawierającego jednocześnie opis oferowanych urządzeń w zakresie marki, modelu, producenta numeru katalogowego) - o czym zdecydowała komisja przetargowa - jako jeden organ, a nie poszczególni jej członkowie, jak wywodził zamawiający. Komisja przetargowa negatywnie oceniła złożone wyjaśnienia, rekomendowała odrzucenie oferty odwołującego, jako nieopowiadającej treści SIWZ, którą to decyzję zaakceptował kierownik zamawiającego. Bez znaczenia pozostawało, że zamawiający korzystał z doradztwa firmy TRIAS, która wykonywała na odrębne zlecenie zamawiającego dokumentację techniczną w przedmiotowym postępowaniu oraz zgodnie z zawartą umową wykonywała czynności doradcze (eksperckie), w zakresie wyjaśnień do SIWZ, czy też przy ocenie zagadnień technicznych. Rola eksperta ogranicza się jedynie do wyrażenia opinii i nie jest wiążąca dla zamawiającego. Wszelkie decyzje podejmują w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyłącznie organy uprawnione, tj. komisja przetargowa i kierownik zamawiającego.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że uzasadnienie szczegółowe odrzucenia oferty odwołującego z dnia 5 listopada 2015 r. w odniesieniu do poszczególnych kwestionowanych pozycji Zał. nr 2 do oferty jest identyczne jak uzasadnienie z dnia 27 października 2015 r. - co zamawiający wprost przyznał. Świadczy to zdaniem Izby, że zamawiający uznając zarzuty odwołania - powtórzył czynność badania oferty odwołującego jedynie formalnie (pozornie).

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu bezpośrednio dnia 5 listopada 2015 r. w godzinach porannych. Izba nie dała wiary zamawiającemu, że w tym samym dniu, dokonał on zmiany komisji przetargowej, która również w tym samym dniu dokonała pełnej oceny wszystkich trzech ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do

około 360 pozycji każda z nich, i zamawiający zawiadomił około godziny 20:40 wykonawców o wyniku ponownej oceny ofert.

Skoro skład poprzedniej komisji przetargowej był wadliwy - należało tak postąpić, aby w zgodzie z art. 17 ust. 3 ustawy Pzp dokonać wszechstronnej ponownej oceny wszystkich złożonych ofert i istotnych czynności podjętych względem tych ofert, poprzedzających ich ocenę. Wyłączeni członkowie komisji przetargowej mogli bowiem przy pierwszej ocenie z dnia 27 października 2015 r. preferować inne oferty, względem oferty odwołującego, z którym pozostawali poważnie skonfliktowani.

Nie można było nie zauważyć, iż oprócz dosłownego powtórzenia uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego z dnia 27 października 2015 r., zamawiający w przeważającej liczbie kwestionowanych pozycji formularza cenowego, w powiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 5 listopada 2015 r. powołał się na wyjaśnienia wykonawcy z dnia 26 października 2015 r. Oznacza to, że wyjaśnienia te miały istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający przy ponownej ocenie oferty odwołującego jedynie zdawkowo nawiązał do zarzutów odwołującego podniesionych w odwołaniu rozpatrywanym pod sygn. akt KIO 2408/15.

Zdaniem Izby z uwagi na imperatywny charakter (*ius cogens*) przepisu art. 17 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający, o ile uznał, że panowie W. S. i M. K. podlegali wyłączeniu ze składu komisji przetargowej - w następstwie winien też przeprowadzić unieważnienie czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, i jeżeli nowa komisja uzna to za konieczne w stosownym zakresie - ponowić procedurą z tym związaną - poprzedzającą ocenę oferty odwołującego. To samo dotyczy czynności podjętych w tym postępowaniu względem pozostałych ofert. W ocenie Izby dokonanie kompletnej i realnej ponownej oceny ofert w dniu wpływu odwołania, było niemożliwe i stanowiło jedynie pozorne działania związane z uwzględnieniem zarzutu nieprawidłowego składu komisji przetargowej, o czym dobitnie świadczy dosłowne przepisanie poprzedniego uzasadnienia decyzji zamawiającego. Dokonując ponownej oceny oferty odwołującego, w wyniku uznania przynajmniej częściowego zarzutów odwołania, zamawiający w szczegółowy sposób nie odniósł się do tychże zarzutów merytorycznych dotyczących treści oferty, i nie dokonał ich oceny.

Zaniechanie przez zamawiającego realizacji obowiązku pełnego powtórzenia czynności w postępowaniu, w których uczestniczyły osoby podlegające wyłączeniu, mogłoby być nawet oceniane w kierunku ewentualnego wystąpienia przesłanek unieważnienia postępowania określonych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający unieważnił czynność oceny ofert z dnia 27 października 2015 r., w tym czynność odrzucenia oferty odwołującego. Przeprowadzona czynność ponownej oceny ofert

z dnia 5 listopada 2015 r. jako nie odpowiadająca dyspozycji art. 17 ust. 3 ustawy Pzp - jest dotknięta wadą prawną powodującą z gruntu - z tej tylko przyczyny - nakazanie jej uchylecia (unieważnienia).

Bezprzedmiotowe zatem byłoby odnoszenie się przez Izbę do zarzucanych ofercie odwołującego niezgodności z treścią SIWZ w poszczególnych pozycjach Zał. 2 do oferty, tj. poz.:11,20,26,37,38,44,46,47,57,67,68. Ponadto, odwołujący nie sprecyzował w wymagany dla odwołania sposób – dokładnych zarzutów względem kwestionowanych poszczególnych pozycji swojej oferty. Odniósł się ogólnie do oceny zamawiającego - jako koronny argument podając, że Zał. nr 2 stanowi jedynie kosztorys ofertowy, który przy zastosowanym wynagrodzeniu ryczałtowym ma wyłącznie charakter pomocniczy i jego ewentualne błędy nie mogą być powodem uznania treści oferty za niezgodną z treścią SIWZ i nie stanowią uzasadnienia dla odrzucenia oferty.

Dokumentacja przetargowa, tj. postanowienia SIWZ oraz Zał. 7 - dokumentacja techniczna potwierdziły, że Załącznik nr 2 pełnił nie tylko funkcję kosztorysu, ale zawierał opis urządzeń proponowanych przez wykonawcę, przynajmniej w takim zakresie, aby zamawiający mógł zidentyfikować oferowany wyrób na podstawie jego jednoznacznych oznaczeń: marki, modelu i producenta i numeru katalogowego - ocenić czy charakteryzuje się on cechami wymaganymi w dokumentacji projektowej w zakresie parametrów minimalnie wymaganych.

Odwołujący zastrzegł treść Załącznika nr 2 do swojej oferty - jako tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na proponowane rozwiązania, których nie chciał ujawniać wobec konkurencji. Gdyby Załącznik nr 2 pełnił wyłącznie rolę kosztorysu na podstawie przedmiaru zamawiającego - z mocy art. 86 ust. 4 ustawy Pzp wyłączenie jego jawności byłby niemożliwe. Ponadto, domagając się sprostowania omyłek w swojej ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, pośrednio odwołujący przyznał, że treść jego oferty nie odpowiada w jakimś stopniu treści SIWZ. Tak, więc stanowisko odwołującego pozostawało wewnątrznie niespójne.

Poniżej przedstawione uzasadnienie wyroku stanowi jedynie wyraz utrwalonych poglądów Krajowej Izby Odwoławczej, prezentowanych w orzecznictwie w zakresie rozpatrywanych w tej sprawie zagadnień, które dany skład orzekający Izby podziela, a nie może przesądzać o wynikach ponownie przeprowadzonych czynności przez zamawiającego - nakazanych wyrokiem.

Podanie oferowanego modelu urządzenia, marki wyrobu, producenta, numeru katalogowego stanowi sedno oferty wykonawcy. Zgodność treści oferty z treścią istotnych postanowień specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie (w dokumentach na nią się składających) nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Norma art. 89 ust. 1

pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do przedmiotu, zakresu, ilości, ceny, jakości, cech technicznych, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości i zgodnie z istotnymi wymogami zamawiającego.

W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli (zobowiązania wykonawcy) z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich potrzeb, opisanych postanowieniami SIWZ.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei z mocy art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Dane dotyczące marki, modelu, producenta, numeru karty katalogowej przynależą do treści oferty – pozwalają bowiem na jednoznaczną identyfikację oferowanego wyrobu na etapie oceny ofert i weryfikację jego zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. W innym przypadku wykonawca mógłby w trakcie realizacji umowy dostarczyć wyrób o parametrach innych niż podane w dokumentacji technicznej, niezapewniających prawidłowego działania przedmiotu zamówienia.

Oferta winna spełniać zatem dyspozycję normy art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, która nakazuje aby treść oferty odpowiadała treści SIWZ. Oferta, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, powinna być zupełna i kompletna, gdyż oferowane dostawy i usługi powinny być objęte jednoznacznym zobowiązaniem wykonawcy, wyrażonym tak, aby spełniały wyznaczone parametry.

Postanowienia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zabraniają zmiany treści oferty i dokonywania jej jakichkolwiek uzupełnień, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia, stanowiąc, że 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 (...) dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Niewątpliwie wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą prowadzić do zmiany zobowiązania podjętego w ofercie.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Za punkt wyjścia do rozważań przedstawionych w odwołaniu odwołujący przyjął normę art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Na marginesie jedynie Izba zaznacza, że powoływanie się przez wykonawcę na dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, która stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - wymaga łącznego spełnienia wszystkich przesłanek, tak w zakresie wykazania rzeczywistej omyłki, jak i braku wystąpienia istotnych zmian w treści oferty - w przypadku dokonania jej poprawy oraz możliwości poprawy przez zamawiającego. Niezaistnienie wszystkich przesłanek z art. 87 ust. 3 ustawy Pzp skutkuje natomiast uprawnioną oceną, że treść oferty nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia i odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji, biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne - stanowiące podstawę rozstrzygnięcia sprawy - należało podzielić stanowisko odwołującego, że zamawiający na obecnym etapie postępowania uchybił wskazanym przez odwołującego przepisom:

- 1) art. 17 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 7 ust. 2 Pzp poprzez to, że nie wyłączono z prac komisji przetargowej osób podlegających takiemu wyłączeniu z mocy ustawy, który to zarzut został poprzez fakty dokonane - przyznany przez zamawiającego;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 91 ust. 1 w związku z art. 17 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż odrzucenie oferty odwołującego i wybór oferty przystępującego naruszyły reguły proceduralne - prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W następstwie zamawiający uchybił postanowieniom art. 7 ust 1 ustawy Pzp, gdyż naruszył zasady równego ucziwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, iż zachodziły przesłanki do zastosowania procedury naprawczej w postaci poprawienia innej omyłki o nieistotnym charakterze - nie mógł podlegać definitywnemu rozstrzygnięciu przez Izbę na danym etapie postępowania, w związku z tym, że o uwzględnieniu odwołania nakazaniu powtórzenia procedury, z wyjątkiem otwarcia ofert, zdecydowały argumenty natury prawnej.

Zamawiający w trakcie ponownej czynności oceny ofert, przy stwierdzeniu podstaw do odrzucenia oferty odwołującego - rozważy czy zachodzą przesłanki ustawowe konwalidacji złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Żądania odwołującego - nakazania zamawiającemu wyboru jego oferty, nie korespondują z żądaniem powtórzenia wszystkich czynności w postępowaniu i nie mogły zostać uwzględnione. Dopiero w ostatecznym wyniku tego postępowania przetargowego, okaże się czy oferta odwołującego, mimo że oferuje najniższą cenę i byłaby najkorzystniejsza w ustalonych kryteriach wyboru - odpowiada treści SIWZ, gwarantuje zgodny z dokumentacją sposób wykonania zamówienia, i czy nie zachodzą obligatoryjne podstawy do jej odrzucenia.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania uiszczone przez odwołującego wpisy w łącznie rozpatrywanych sprawach oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów postępowania odwoławczego na podstawie § 3 pkt. 1) i pkt. 2) 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Z uwagi na przeważającą zbieżność zarzutów i argumentacji obydwu wniesionych odwołań, Izba uznała za uzasadnione koszty odwołującego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł, w odniesieniu do łącznego rozpoznania ww. odwołań.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....