

Sygn. akt: KIO 453/14

WYROK
z dnia 24 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2014 r. przez Odwołującego – **SAFE Co. Ltd sp. z o.o., ul. Hryniewieckiego 10, 81-340 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Główny Inspektorat Transportu Drogowego, ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Sprint S.A., ul. Canaletta 4, 00-099 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Neurosoft sp. z o.o. ul. Robotnicza 72, 53-608 Wrocław, Texel sp. z o.o., ul. Goplańska 6a, 02-954 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **SAFE Co. Ltd Sp. z o.o., ul. Hryniewieckiego 10, 81-340 Gdynia** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **SAFE Co. Ltd Sp. z o.o., ul. Hryniewieckiego 10, 81-340 Gdynia** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego, ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (częstkowego) na podstawie umowy ramowej, którego przedmiotem jest zakup stacjonarnych urządzeń rejestrujących ujawniających naruszenia przepisów ruchu drogowego polegające na niestosowaniu się do sygnałów świetlnych (dalej: „Postępowanie”).

Wartość umowy ramowej, podobnie jak wartość zamówienia częstkowego, zostały oszacowane na kwoty przekraczające kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą PZP”.

Pismami z dnia 13 grudnia 2013 r. Zamawiający zaprosił wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową do składania ofert częstkowych. Termin na ich złożenie ustalony został ostatecznie na dzień 7 lutego 2014 r.

W dniu 27 lutego 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawcę SAFE Co. Ltd sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (81-340), przy ul. Hryniewieckiego 10 (dalej: „Odwołujący”) o odrzuceniu jego oferty, za podstawę wskazując przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy PZP. W uzasadnieniu decyzji stwierdzono, że przyczyną było złożenie przez Odwołującego oferty na realizację zamówienia częstkowego mniej korzystnej niż ta, na podstawie której zawarto z nim umowę ramową. W konsekwencji spowodowało to niezgodność treści pierwszej z ww. ofert z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz przepisem art. 101 ust. 3 Ustawy PZP.

Ujawniona przez Zamawiającego niezgodność polegać miała na tym, że Odwołujący zaoferował stawkę dzienną pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu o 615,00 zł brutto wyższą niż w ofercie złożonej w postępowaniu zakończonym zawarciem z Odwołującym umowy ramowej. W niej zaoferowano bowiem stawkę dzienną w wysokości 3.075,00 zł, którą – zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2012 r. – należało poczytywać za kwotę brutto. Tymczasem w ofercie na realizację zamówienia częstkowego, w poz. 22 formularza ofertowego techniczno-cenowego OF.1 (dalej: „Formularz OF.1”), w którym należało wpisać kwotę netto stawki dziennej,

wskazano kwotę 3.000,00 zł, która – powiększona o VAT – daje sumę 3.690,00 zł. Zamawiający wskazał przy tym, że w takiej sytuacji brak jest podstaw do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 Ustawy PZP.

Czynność powyższa została zaskarżona przez Odwołującego, który we wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w dniu 10 marca 2014 r., odwołaniu sformułował następujące zarzuty:

1. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 1 i 2 Ustawy PZP poprzez ich bezpodstawne zastosowanie w sytuacji gdy oferta Odwołującego podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, a odrzucenie jest przedwczesne, gdyż mogłoby nastąpić wyłącznie w sytuacji braku zgody na poprawienie innej omyłki, tj. w sytuacji zajścia przesłanki, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 Ustawy PZP;
2. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, poprzez jego niezastosowanie.

W świetle tak sformułowanych zarzutów odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
2. poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego, a po wyrażeniu przez Odwołującego zgody na poprawienie omyłki uznania, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ i Ustawą PZP;
3. nakazanie Zamawiającemu zaproszenia Odwołującego do przeprowadzenia testów jakościowych oferowanych urządzeń.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest on wykonawcą, z którym Zamawiający zawarł umowę ramową i którego zaprosił do złożenia oferty na realizację zamówienia częściowego. Ponadto Odwołujący wskazał, że złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę, zaś w wyniku jej odrzucenia pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia. Suma powyższych okoliczności stanowi zatem – w jego ocenie – wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej

W uzasadnieniu Odwołujący opisał elementy składające się na zamówienia częściowe, wyliczył również składowe ceny całkowitej brutto, którą należało podać w ofercie wskazując, że jednym z nich była wspomniana stawka dzienna pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu. Zaznaczył przy tym, że wspomniana stawka dzienna była również przedmiotem umowy ramowej.

Odwołujący zakwestionował podstawę odrzucenia jego oferty wynikającą z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP wskazując na możliwość poprawienia jej treści na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP. Podkreślił, że w odniesieniu do jego oferty spełnione zostały wszystkie przesłanki umożliwiające skorzystanie przez Zamawiającego z dobrodziejstwa ww. regulacji.

Po pierwsze – w zakresie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ – wskazał, że w postępowaniu zakończonym zawarciem umowy ramowej wykonawcy składali oferty według przygotowanego przez Zamawiającego wzoru formularza ofertowego (dalej: „Formularz OF.0”), który – w odniesieniu do stawki dziennej pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu – nie zawierał informacji, czy ma być ona wyrażona kwotą netto, czy brutto. Odwołujący podkreślił przy tym, że informację o tym jaką kwotę należy wpisać w odnośnej pozycji formularza wykonawcy uzyskali od Zamawiającego dopiero w odpowiedzi na zadane mu pytanie. Stwierdził on mianowicie, że ma być to kwota brutto. Odwołujący zaznaczył jednocześnie, że w ślad za taką odpowiedzią nie dokonano modyfikacji SIWZ w zakresie wzoru formularza oferty, czy innych zapisów SIWZ odnoszących się do kwestii stawki dziennej (np. pkt 6.4 Rozdziału II SIWZ). Dodał również, że jedynym dokumentem z którego wynikała jej wysokość była oferta Odwołującego, stanowiąca załącznik do umowy ramowej, w której treści – jak stwierdzono powyżej – nie znajdowała się informacja, czy podana kwota stanowi stawkę netto, czy brutto.

Odwołujący wywodził, że z treści oferty złożonej na realizację zamówienia częściowego wynikać miało, jakoby w kolumnie 3, poz. 22 Formularza OF.1, składanego na wzorze określonym przez Zamawiającego, omyłkowo wpisał on stawkę dzienną w kwocie brutto bazując na wartości podanej w ofercie złożonej w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej. W konsekwencji Odwołujący dokonał wyliczenia wartości brutto i wysokości podatku VAT z ceny brutto (stawki wyrażonej w kwocie brutto). Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, iż nie przeczy, że takie sporządzenie oferty nie było zgodne z treścią SIWZ, co – jego zdaniem – wyczerpuje pierwszą z przesłanek określonych art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP (niezgodność treści oferty z treścią SIWZ).

Po drugie – odnośnie stwierdzenia, że ww. niezgodność ma charakter omyłki (druga z przesłanek zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP) – Odwołujący oświadczył, że takim mianem określa się skutek niezamierzonego działania, nawet jeśli polega ono na braku należytej staranności. Podkreślił ponownie, że omyłka powstała w braku bezpośredniej informacji, czy stawka podana w Formularzu OF.0 jest kwotą netto, czy brutto. Zasygnalizował przy tym, że omyłka była tym łatwiejsza do

popelnienia, że od zawarcia umowy ramowej upłynęło ponad 1,5 roku, zaś od omówionych powyżej wyjaśnień Zamawiającego – blisko 2 lata.

Odwołujący stwierdził również, że nie tylko on popełnił taką omyłkę w treści oferty, bowiem – jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 27 lutego 2014 r. (informacji o odrzuceniu ofert trzech wykonawców, w tym Odwołującego) – identyczną omyłkę popełniło jeszcze dwóch innych wykonawców, co oznacza, że – jak to podkreślił Odwołujący – „[...]na czterech wykonawców, którzy złożyli oferty częściowe, aż trzech omyłkowo wpisało stawkę brutto w miejsce stawki netto[...]” (odwołanie, str. 5).

W treści odwołania podkreślono, że bezpodstawne jest założenie Zamawiającego, jakoby Odwołujący rozmyślnie zaoferował cenę niezgodną z SIWZ, na uzasadnienie przywołując stosowne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO” lub „Izba”). Zaakcentowano również cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest wybór najkorzystniejszej oferty obligujący Zamawiającego do wykorzystywania instrumentów przewidzianych Ustawą PZP, w tym służących do naprawienia oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie są wyłączone mechanizmy prawa cywilnego służące do ustalenia treści składanego oświadczenia woli – oferty (art. 65 K.c. w zw. z art. 14 Ustawy PZP). Podkreślił również, że także Ustawa PZP zawiera instrumenty służące jej ustaleniu, na co wskazuje treść przepisu art. 87 ust. 1 Ustawy PZP przewidującego możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7 Ustawy PZP obligujących zamawiającego do poprawienia w ofercie tzw. innych omyłek oraz do zawiadomienia o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona, ze skutkiem odrzucenia oferty tylko w braku wyrażenia zgody na taką poprawę.

Po trzecie – na uzasadnienie przesłanki nieistotności zmiany treści oferty w stosunku do treści SIWZ – Odwołujący, za orzecznictwem KIO, wskazał, że miarą istotności może być zmiana wysokości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób będzie uznać jej za nieistotną, czy zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty niż wyspecyfikowane w ofercie.

Podkreślił przy tym *ratio legis* przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP wyrażające się sanowaniem ofert obarczonych nieistotnymi wadami, wywołanymi różnego rodzaju błędami i omyłkami, które jednak nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał na sposób poprawienia omyłki w treści jego oferty, który miałby polegać na przyjęciu iż zaoferowana w poz. 22, kol. 3 Formularza OF.1 stawka 3.000,00 zł jest kwotą brutto, od której należy odliczyć 23-procentowy VAT i na tej podstawie dokonać odpowiednich obliczeń w kolejnych kolumnach poz. 22 ww. formularza. Dla zobrazowania opisanego sposobu działania przedstawił stosowne wyliczenia w ujęciu tabelarycznym, jak poniżej:

22	Usługa naprawcza, o której mowa w § 7 ust. 3 istotnych postanowień umowy	Sd=2439 zł (3000 zł/1,23, tj. kwota 3000 – 23% podatku VAT	6 (20 urzędzeń x 0,3	20x0,3x2439 = 14.634,00 zł	23% 3.365,82	17.999,82
----	--	---	-------------------------	-------------------------------	-----------------	-----------

Odwołujący skonstatował, że w wyniku poprawienia treści jego oferty w sposób określony powyżej cena oferty ulegnie zmniejszeniu o 4.140,18 zł, co stanowi mniej niż 0,1% jej aktualnej ceny (4.817.698,92 zł brutto) i nadal będzie to oferta z najniższą ceną. Podkreślił przy tym, że poprawiona oferta obejmować będzie ten sam zakres i te same elementy przedmiotu zamówienia, co pierwotna (niepoprawiona) oferta.

Odwołujący zasygnalizował także, że przez odrzucenie trzech ofert, w tym również jego oferty, do testów jakościowych Zamawiający zaprosi wyłącznie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Neurosoft sp. z o.o. oraz Texel sp. z o.o., którzy zaoferowali cenę o około 40% wyższą niż cena oferty Odwołującego.

W ustawowym terminie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Sprint S.A. (zwany dalej: „Przystępującym Sprint”), natomiast po stronie Zamawiającego – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – Neurosoft sp. z o.o. oraz Texel sp. z o.o., zwani w dalszej części uzasadnienia „Przystępującym Konsorcjum Neurosoft”. Przystępujący wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostały przystąpienia, wymagany przepisem art. 185 ust. 2 zd. pierwsze *in fine* Ustawy PZP.

Dodatkowo – w odniesieniu do interesu Przystępującego Sprint – wobec wątpliwości wyartykułowanych w tym zakresie przez Zamawiającego (choć nie określonych przez jego pełnomocnika mianem opozycji, ani też w żaden sposób nie uzasadnionych) Izba stwierdziła, że są one bezpodstawne.

Należało bowiem zauważyć, iż z przepisu art. 185 ust. 2 zd. pierwsze *in fine* Ustawy PZP wynika, że przesądzającym o możliwości uzyskania statusu uczestnika postępowania odwoławczego jest interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której dany podmiot przystępuje. Interesu tego – zdaniem Izby – należy upatrywać w każdej okoliczności (prawnej, bądź faktycznej) uzasadniającej popieranie stanowiska strony, do której dany wykonawca zamierza przystąpić. W okolicznościach sprawy Izba stwierdziła – pomimo tego, że Przystępujący Sprint złożył ofertę, która została odrzucona w oparciu o identyczne przesłanki, co oferta Odwołującego, a czynności tej samodzielnie nie zaskarżył – że ewentualne uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu poprawienia omyłki w treści oferty Odwołującego musiałoby odnieść skutek w postaci wszczęcia odpowiednich procedur sanacyjnych także względem treści oferty Przystępującego Sprint. Nie sposób przyjąć, że czynności Zamawiającego związane z realizacją orzeczenia KIO zapadłego na gruncie tej sprawy odnosić miałyby się li tylko do Odwołującego, nie zaś do występującego po jego stronie uczestnika postępowania odwoławczego, którego oferta, *de iure et facto*, odrzucona została z tych samych przyczyn, co oferta strony, do której uczestnik ów przystąpił. Zamawiający powinien, w następstwie niekorzystnego dlań rozstrzygnięcia, usunąć nie tylko stwierdzone w jego treści uchybienia, ale także tożsame z nimi mankamenty, które wszak – z różnych względów – nie były przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Przyjęcie odmiennego zapatrywania prowadziłoby – w ocenie składu orzekającego – do nieuzasadnionego uprzywilejowywania odwołujących względem innych wykonawców, którzy z tych samych, co odwołujący, względów, pozbawieni zostali możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. To zaś mogłoby uzasadniać zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonej przepisem art. 7 ust. 1 Ustawy PZP. Odwołujący – w przeciwieństwie do innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – mogliby w dalszym ciągu liczyć na uzyskanie zamówienia, będąc niejako przywróceniu do postępowania w wyniku uwzględnienia zarzutów sformułowanych w treści wnoszonych środków ochrony prawnej, podczas gdy wspomniani pozostali wykonawcy nadal pozostawaliby poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i to z przyczyn uznanych przez Izbę za niezasadne.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należało stwierdzić, że skoro Przystępujący Sprint mógłby – w następstwie uwzględnienia odwołania – oczekiwać poprawienia treści jego oferty, to posiada on interes w popieraniu stanowiska Odwołującego.

Na rozprawie przed Izbą strony i uczestnicy postępowania odwoławczego podtrzymali stanowiska zajęte w złożonych pismach procesowych.

Odwołujący argumentował dodatkowo – wobec wskazanej przez Zamawiającego niezgodności jego oferty z przepisem art. 101 ust. 3 Ustawy PZP – że zastosowanie tej regulacji może nastąpić wyłącznie po ewentualnym przeprowadzeniu procedury wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, która – w jego ocenie była nieodzowna, bowiem przepis ów ma pierwszeństwo zastosowania.

Zamawiający wywodził natomiast, że kwestią kluczową w tej sprawie jest niezgodność oferty Odwołującego z Ustawą PZP, która to jest okolicznością nieusuwalną w trybie przepisu art. 87 ust. 2 Ustawy PZP. Stwierdził również, że nawet gdyby przyjąć, iż Odwołujący popełnił tzw. inną omyłkę, to Zamawiający nie ma wiedzy w jaki sposób należałoby ją poprawić, ten bowiem wynika wyłącznie z twierdzeń Odwołującego zawartych w treści odwołania.

Przystępujący zasadniczo podzielili stanowisko stron, do których przystąpili. Przystępujący konsorcjum Neurosoft podkreślał dodatkowo, że wątpliwa jest możliwość poprawienia w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP ceny oferty, jeżeli zmiana taka ma charakter pierwotny, tj. nie stanowi następstwo poprawiania omyłek dotyczących innych niż cena elementów oferty.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących zawarte w odwołaniu, zgłoszeniach przystąpienia do postępowania odwoławczego, piśmie procesowym Przystępującego konsorcjum Neurosoft, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Ustawy PZP odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż zawarta została z nim umowa ramowa, na podstawie której Zamawiający prowadził Postępowanie, które zakończyć się mogło wyborem oferty Odwołującego. Jednocześnie odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego naraża go na szkodę,

gdyż uniemożliwia uzyskanie zamówienia częściowego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji Postępowania, którą Zamawiający przekazał Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Izba przeprowadziła dowody z treści następujących dokumentów: SIWZ w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty częściowej, SIWZ w Postępowaniu, oferty Odwołującego w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej oraz w Postępowaniu, pisma Zamawiającego z dnia 27 lutego 2014 r. (informacja o odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego).

Biorąc powyższe za podstawę Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodzić należy się za stronami postępowania odwoławczego, że w przedmiotowej sprawie osiągnięciem sporu było zagadnienie natury prawnej. Wbrew jednak argumentacji Odwołującego nie sprowadza się ono do oceny możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP w okolicznościach ustalonego przez Izbę i niespornego między stronami stanu faktycznego, a do analizy podstaw odrzucenia oferty Odwołującego. Wobec tak postawionego problemu skład orzekający doszedł do przekonania, że powodem wskazanego powyżej rozstrzygnięcia Zamawiającego była niezgodność oferty Odwołującego z ustawą (przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy PZP), nie zaś niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, którą to można konwalidować w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP (argument z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP). Niezgodności z ustawą (przy czym, rzecz jasna, ustawodawca miał tu na myśli regulacje Ustawy PZP, w takim bowiem znaczeniu operuje pojęciem „ustawy” w przepisach powołanego aktu normatywnego), o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy PZP Zamawiający słusznie upatrywał w naruszeniu przez Odwołującego przepisu art. 101 ust. 3 Ustawy PZP, zgodnie z którym oferta składana w wyniku zaproszenia przez wykonawcę, z którym zawarto umowę ramową nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, co zresztą zostało zawarte w treści pisma Zamawiającego z dnia 27 lutego 2014 r. stanowiącego informację o odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego.

Z ofertą niezgodną z Ustawą PZP – jak słusznie wskazuje doktryna prawa zamówień publicznych – mamy do czynienia przede wszystkim wówczas, gdy narusza ona przepisy Ustawy PZP adresowane do wykonawców, nie zaś do zamawiających (zob.: S. Babiarczyk:

Komentarz do art. 89 Ustawy PZP [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2010, wyd. 1, str. 419). Przepisem takim jest właśnie art. 101 ust. 3 Ustawy PZP, którego adresatem jest wykonawca, bowiem – co nie może ulegać wątpliwości – to on składa ofertę w odpowiedzi na zaproszenie zamawiającego. Natomiast skoro omawiana regulacja ogólnie wskazuje, że tzw. oferta częściowa nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, to – *lege non distinguente* – relację owej „korzystności” należy badać w odniesieniu do wszystkich aspektów obu ofert złożonych przez danego wykonawcę (ceny, okresu gwarancji, rozwiązań technicznych itp.), tym bardziej jeżeli dotyczy ona przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. W związku z powyższym Izba zwróciła uwagę, że w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej jednym z kryteriów oceny ofert była „[...]stawka dzienna (usługi naprawczej) pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu[...]”, której Zamawiający przypisał wagę 60% (SIWZ w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, Rozdział II, pkt 6.3, str. 9). Tym bardziej zatem w postępowaniu o udzielenie zamówienia częściowego należało badać relację „korzystności” ofert, skoro dotyczyła ona jednego z kryteriów, na podstawie których Zamawiający wybierał wykonawców, z którymi następnie zawarł umowy ramowe. Z tego też powodu, w ocenie Izby, Zamawiający zawarł w treści Formularza OF.1 pouczenie dotyczące stawki dziennej pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu (S_d), która to, tu cytat: „[...]nie może być gorsza niż zaoferowana w ofercie złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej[...]” (Formularz OF.1, na którym Odwołujący złożył ofertę na realizację zamówienia częściowego, str. 7 oferty Odwołującego).

Powyższej konkluzji w żaden sposób nie zmienia fakt, że Zamawiający w treści pisma z dnia 27 lutego 2014 r. wskazał również, jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP, na którego to naruszeniu Odwołujący *nota bene* zbudował całą argumentację zawartą w odwołaniu. Zamawiający odniósł powyższą podstawę odrzucenia do wspomnianego powyżej pouczenia zawartego w treści Formularza OF.1. Zdaniem Izby, nawet gdyby jednak wspomniany Formularz OF.1 nie zawierał takiego pouczenia, to nie wyłączałoby to konieczności zastosowania w trakcie procesu oceny ofert przepisu art. 101 ust. 3 Ustawy PZP, mającego charakter normy bezwzględnie obowiązującej (*ius cogens*), podobnie jak art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy PZP. Co równie istotne, drugi z przytoczonych w poprzednim zdaniu przepisów nie doznaje wyjątków, w przeciwieństwie do art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP, na co wskazuje użyte tam określenie „z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP”. Ze wskazanych przyczyn powoływanie się przez Odwołującego na szczególne (wyjątkowe) okoliczności stanu faktycznego (str. 5 i 6

niniejszego uzasadnienia), odnoszone wszak do możliwości poprawienia tzw. innej omyłki w treści jego oferty, nie zaś do jej niezgodności z Ustawą PZP (specyficzna konstrukcja Formularza OF.0, znaczny upływ czasu pomiędzy wyjaśnieniem treści tego formularza przez Zamawiającego i zawarciem z Odwołującym umowy ramowej, a złożeniem oferty częściowej, które łącznie doprowadziły do „zatarcia w pamięci Odwołującego” okoliczności mających istotny wpływ na ocenę ww. oferty) jest chybione. Szczególną okolicznością, o której powinien pamiętać Odwołujący jest bowiem – zdaniem składu orzekającego – fakt, że Postępowanie prowadzone było w następstwie zawarcia umowy ramowej, której celem – zgodnie z definicją legalną z art. 2 pkt 9a Ustawy PZP – jest ustalenie warunków udzielania zamówień publicznych, których następcza realizacja prowadzi do osiągnięcia określonego zamierzenia inwestycyjnego. Zagadnienia dotyczące umowy ramowej zostały umieszczone w osobnej części Ustawy PZP (Dział III „Przepisy szczególne”, Rozdział 1 „Umowy ramowe”, art. 99-101 Ustawy PZP) i każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej winien wykazywać się ich znajomością. Wiedza o obowiązujących przepisach prawa jest bowiem jednym z mierników kwalifikowanej postaci staranności, której od profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, jakim bez wątplenia jest Odwołujący, nie tylko można oczekiwać, ale wręcz należy wymagać.

Brak jest również podstaw do przyznania – jak to wywodził Odwołujący na rozprawie – pierwszeństwa przepisowi art. 87 ust. 2 pkt 3 nad art. 101 ust. 3 Ustawy PZP. Podkreślić bowiem należy, że ww. regulacje dotyczą – jak wspomniano – odmiennych aspektów oceny ofert. Pierwszy z nich odnosi się do zgodności treści oferty z treścią SIWZ, drugi natomiast – zgodności z Ustawą PZP, wobec czego ich klasyfikowanie – zgodnie z intencją Odwołującego – jest zabiegiem niewłaściwym. Na marginesie można stwierdzić, że nawet gdyby jednak dopuścić taką możliwość, to – zdaniem Izby – należy w pierwszej kolejności zbadać ofertę pod kątem zgodności z przepisami powszechnie obowiązującego aktu normatywnego, jakim jest Ustawa PZP, a dopiero następnie z treścią specyfikacji, której sporządzenie znajduje swoje umocowanie w przepisach aktu prawnego, z którym oferta musi być zgodna. Nie sposób bowiem przyjąć, że postanowienia dokumentu sporządzanego na podstawie przepisów aktu normatywnego mają pierwszeństwo przed jego regulacjami.

Takie zapatrywanie powodowałoby dodatkowo, nie tylko w okolicznościach przedmiotowej sprawy, ale również w innych postępowaniach prowadzonych na podstawie zawartej uprzednio umowy ramowej, że przepis art. 101 ust. 3 Ustawy PZP stracić mógłby w ogóle rację bytu, skoro omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a polegające na złożeniu zamawiającemu oferty częściowej na warunkach mniej korzystnych

od określonych w ofercie składanej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, mogłyby być poprawiane w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP. To zaś, w kontekście przepisu art. 101 ust. 3 Ustawy PZP, byłoby nie do pogodzenia z domniemaniem racjonalnego ustawodawcy, zgodnie z którym zakładać należy celowość wprowadzania określonych regulacji prawnych.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, że dopuszczenie takiej interpretacji, nawet w powołaniu na szczególne – jak twierdzi Odwołujący – okoliczności stanu faktycznego, mogłoby doprowadzić do niebezpiecznych konsekwencji w postaci prób konstruowania wyjątków od przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy PZP, którego stosowanie – jak wspomniało – wyjątków nie doznaje, co wynika z jego literalnego brzmienia. Przykładowo – wykonawca mógłby wbrew przepisowi art. 82 ust. 1 Ustawy PZP złożyć dwie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wyłączono możliwość składania ofert wariantowych, a w następstwie ich odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy PZP argumentować, że zamawiający powinien był najpierw zwrócić się do wykonawcy – w trybie przepisu art. 87 ust. 1 Ustawy PZP, którego to naruszenie Odwołujący także podnosił w treści odwołania, o wyjaśnienie treści ofert i ustalenie która z nich jest tą „właściwą”.

Odnosząc się natomiast ubocznie do argumentacji Odwołującego dotyczącej *stricte* charakteru jego omyłki i możliwości jej poprawienia w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, Izba stwierdza, co następuje.

Wątpliwy jest – zdaniem składu orzekającego – omyłkowy charakter niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Na uzasadnienie spełnienia tej przesłanki Odwołujący powołał się m.in. na okoliczność, że z treści Formularza OF.0 nie wynikało, czy oferowana przez wykonawców w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej stawka dzienna pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu była kwota netto, czy brutto oraz, że informacja taka została przekazana wykonawcom w drodze odpowiedzi Zamawiającego na pytanie, w ślad za którą nie dokonano żadnej modyfikacji SIWZ. Należy jednak zauważyć, że – po pierwsze – zasadą jest składanie ofert z cenami (stawkami) brutto, wobec czego pytanie o charakter kwoty, którą wyrażała się sporna stawka dzienna nie było niezbędne do prawidłowej interpretacji treści Formularza OF.0, a okoliczność ową potwierdza udzielona przez Zamawiającego odpowiedź (pismo Zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2012 r., odpowiedź na pytanie nr 13, str. 7). Po drugie – Zamawiający nie miał obowiązku, w następstwie udzielenia ww. odpowiedzi, modyfikowania zapisów SIWZ, w tym sposobu sformułowania Formularza OF.0, zwłaszcza że wyjaśniona kwestia dotyczyła – jak wskazano

– sprawy dosyć oczywistej, a żaden z wykonawców wspomnianej zmiany treści formularza się nie domagał. Finalnie – po trzecie – to sam Odwołujący mógł, bez obaw o jakiegokolwiek negatywne konsekwencje, dopisać w złożonym przez siebie Formularzu OF.0 informację, że zaoferowana stawka dzienna w wysokości 3.075,00 zł jest kwotą brutto.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego o możliwości poprzedzenia poprawienia omyłki w treści jego oferty wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 87 ust. 1 Ustawy PZP Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie takiej procedury prowadziłooby w istocie do naruszenia zakazu prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty częściowej, o którym mowa w przepisie art. 87 ust. 1 zd. drugie Ustawy PZP. Nie kwestionując wywodzonej z orzecznictwa Izby dopuszczalności wskazanego powyżej sposobu postępowania z tzw. innymi omyłkami należy mieć jednak na uwadze, że powinno ono dotyczyć przede wszystkim sytuacji, w których w treści oferty wykonawcy występują sprzeczne informacje, bądź innego rodzaju niejasności, które jednak nadają się do usunięcia w drodze interpretacji treści oferty, o którą zamawiający występuje do wykonawcy. Tymczasem w przedmiotowej sprawie ewentualne zwrócenie się przez Zamawiającego o wyjaśnienie treści oferty Odwołującego musiałooby odnieść ten skutek (który zresztą wynika z przedstawionego w odwołaniu sposobu, w jaki – zdaniem Odwołującego – powinna zostać poprawiona omyłka w treści jego oferty), że w następstwie wyjaśnień pojawiłoby się w niej nowy element, tj. stawka w wysokości, która w żaden sposób nie wynikała z dotychczasowej treści oświadczenia woli (oferty) Odwołującego. Należy mieć bowiem na względzie, że Odwołujący w ofercie złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej określił wysokość stawki dziennej pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu na kwotę 3.075,00 zł brutto (tj. 2.500,00 zł netto), natomiast w odwołaniu stwierdził, że powinna być to kwota 3.000,00 zł brutto (tj. 2.439,02 zł netto).

Podkreślenia wymaga przy tym, że zaprezentowana przez Odwołującego na rozprawie argumentacja, jakoby różnica we wskazanych powyżej kwotach wynikała z tego, że „[...]w formularzu tym (tj. Formularzu OF.1 – przyp. Izby) należało wpisać kwotę nie gorszą niż w formularzu ofertowym w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej[...]” (protokół z rozprawy, str. 5) wskazuje na okoliczność, że Odwołujący przed złożeniem oferty częściowej musiał zapoznać się z treścią uprzednio złożonej Zamawiającemu oferty (w innym bowiem przypadku mógłoby nie wiedzieć jaką kwotę wpisać do Formularza OF.1), stąd nie może tłumaczyć się „zatarciem w pamięci” okoliczności, że kwota z Formularza OF.0 była kwotą brutto.

W ocenie Izby omyłkowy charakter stwierdzonej przez Zamawiającego niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ jest wątpliwy także z tej przyczyny, że – jak trafnie zauważył na rozprawie Przystępujący konsorcjum Neurosoft (protokół z rozprawy, str. 8) – wykonawcy dysponowali długim okresem czasu na przygotowanie ofert częściowych. Z porównania daty odbioru zaproszenia do złożenia oferty przez Odwołującego (30 grudnia 2013 r.) i daty złożenia przez niego oferty (4 lutego 2014 r.) wynika, że dysponował on ponad 2 miesiącami czasu. Był to okres wystarczający do sięgnięcia do dokumentacji postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej (w tym do wspomnianych wcześniej wyjaśnień Zamawiającego) oraz do treści oferty złożonej w tamtym postępowaniu, co akurat (zapoznanie się z ofertą) – jak na to wskazują okoliczności sprawy – miało miejsce, ale nie znalazło pełnego odzwierciedlenia w treści złożonej następnie oferty częściowej.

W konsekwencji powyższych ustaleń, abstrahując od zasadniczego powodu odrzucenia oferty omówionego w pierwszej części niniejszego uzasadnienia, pozbawiona znaczenia była argumentacja Odwołującego dotycząca nieistotności zmiany treści oferty w stosunku do treści SIWZ, która miałaby miejsce po poprawieniu tzw. innej omyłki, skoro nie byłaby spełniona jedna z przesłanek warunkujących zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP.

Z tej samej przyczyny Izba nie uwzględniła argumentacji Odwołującego odnoszącej się do rankingu ofert oraz relacji między ceną oferty Odwołującego, a ceną zaoferowaną przez Przystępującego konsorcjum Neurosoft, jak również twierdzeń wspomnianego przystępującego dotyczących niemożności poprawiania w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP innych omyłek, jeżeli dotyczą one *stricte* ceny oferty, zawartych w treści jego pisma procesowego i wywodzonych na rozprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy PZP oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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.2010.41.238).

Skład orzekający: