

Sygn. akt: KIO 2536/13

WYROK
z dnia 15 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2013 r. przez KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej w Warszawie,

przy udziale IBC GROUP Central Europe Holding S.A. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Warszawie.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa - Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przeprowadzenie monitoringu i ewaluacji projektu pilotażowego pn. „Partnerstwo dla Pracy”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE nr 2013/S 143-249324 z dnia 25 lipca 2013 r.

W dniu 22.10.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o odrzuceniu oferty KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (zwanej dalej „KPMG”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W dniu 31.10.2013 r. KPMG wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w tym nakazanie zamawiającemu uznania, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, ewentualnie,

- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w tym nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

I. Dotyczy zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego pomimo, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Z uzasadnienia odrzucenia oferty oraz pisma Zamawiającego z dnia 30.10.2013 roku wynika, że podstawą stwierdzenia owej niezgodności jest zawarcie w części oferty dotyczącej sposobu realizacji przedmiotu zamówienia (pkt C, ppkt III „Sposób współpracy z Zamawiającym- str. 10 do 12) żądania „spełnienia przez Zamawiającego szeregu warunków" oraz narzucenie, jako niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia, obowiązków dotyczących „spełnienia warunków techniczno - organizacyjnych", co zdaniem Zamawiającego w sposób zasadniczy odbiega od zapisów SIWZ.

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia, że to do niego należy określenie warunków realizacji przedmiotu zamówienia, a zgodnie z treścią SIWZ „Zamawiający uwzględnił jedynie wyznaczenie osoby do formalnych kontaktów pomiędzy stronami Umowy, nie przewiduje natomiast zaangażowania swoich przedstawicieli ani udostępniania na potrzeby realizacji zamówienia pomieszczeń czy wyposażenia". Zamawiający dodał, że narzucony przez Wykonawcę opis współpracy z Zamawiającym generowałby dodatkowe koszty po stronie Zamawiającego.

W piśmie Zamawiającego z dnia 30.10.2013 roku Zamawiający doprecyzował, jakie konkretnie zapisy oferty stanowią - w jego ocenie - niezgodność z treścią SIWZ a dotyczą one zaangażowania przedstawiciela Zamawiającego oraz udostępniania pomieszczenia.

Z argumentacją Zamawiającego nie sposób się zgodzić, a ofertę Odwołującego należy uznać za w pełni zgodną z zapisami SIWZ.

Odwołujący wskazuje przy tym, że ze względu na fakt, iż oferta Odwołującego w kwestionowanej części C stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest zaprezentowanie uzasadnienia odwołania w sposób ogólny, tak by tajemnica pozostała chroniona.

Niniejszym składamy wniosek o utajnienie części rozprawy, w której prezentowane będą szczegółowe kwestie dotyczące treści oferty Odwołującego w zakresie, w jakim stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa.

Angażowanie przedstawiciela Zamawiającego:

Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty: „Zamawiający uwzględnił jedynie wyznaczenie osoby do formalnych kontaktów między Stronami umowy, nie przewiduje natomiast zaangażowania swoich przedstawicieli”.

Rzeczywiście, jak wynika z treści załącznika nr 8 do SIWZ (wzór Umowy), niezwłocznie po zawarciu Umowy Zamawiający zobowiązał się wskazać wykonawcy „osoby wyznaczone do formalnych kontaktów między Stronami w ramach realizacji przedmiotu umowy”.

§ 3 ust. 2 wzoru Umowy brzmi:

„Niezwłocznie po zawarciu umowy, jednak nie później niż w terminie 3 dni, licząc od dnia zawarcia umowy, Strony wskażą, w formie pisemnej, osoby wyznaczone do formalnych kontaktów między Stronami w ramach realizacji przedmiotu Umowy, w tym do podpisywania protokołów odbioru i rozbieżności.”

Wyznaczenie takiej osoby lub osób (z powyższego zapisu SIWZ / Umowy nie wynika, czy Zamawiający wyznaczy jedną czy więcej osób do kontaktów) jest niezbędne, gdyż Umowa zakłada - wbrew stanowisku Zamawiającego - angażowanie przedstawicieli Zamawiającego w jej realizację.

Przede wszystkim udział przedstawiciela / przedstawicieli Zamawiającego jest niezbędny w toku procedury odbiorowej trzech Raportów, opisanej w § 3 ust. 3-8 wzoru Umowy:

„3. Zamawiający dokona obioru otrzymanego Raportu w ciągu 21 dni, licząc od dnia jego otrzymania lub usunięcia rozbieżności, o których mowa w ust. 4.

4. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, że Raport wykonany jest w sposób wadliwy lub niezgodny z warunkami realizacji przedmiotu umowy, Zamawiający sporządzi pisemną notatkę, w formie protokołu rozbieżności, w której -

w celu złożenia wyjaśnień lub usunięcia wad, niezgodności i rozbieżności - zostanie określony termin nie krótszy niż 5 dni.

5. Czynności, o których mowa w ust. 3 i 4, będą powtarzane do czasu usunięcia wszystkich rozbieżności stwierdzonych podczas odbioru.

6. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, że rozbieżności nie zostały usunięte w terminie określonym w procedurze, o której mowa w ust. 4, i Zamawiający, zgodnie z ust. 5, powtórzył czynności odbioru, Zamawiający naliczy karę umowną od dnia, o którym mowa w ust. 4.

7. Z czynności odbioru każdego Raportu Zamawiający sporządzi protokół odbioru, którego wzór określa załącznik nr 2 do umowy.

8. Protokół, o którym mowa w ust. 7, Zamawiający niezwłocznie przekaże Wykonawcy. Protokół ten stanowi podstawę do wystawienia faktury.

9. Zmiana osób, o których mowa w ust. 2, wymaga zachowania formy pisemnej." Ponadto Wykonawca ma obowiązek powiadomić Zamawiającego o powierzeniu realizacji Zamówienia podwykonawcy (§ 6 ust. 2 wzoru Umowy), uzgodnienia z Zamawiającym wymagają także zmiany składu Zespołu badawczego (§ 8 ust. 2 wzoru Umowy), Zamawiający może też żądać takiej zmiany (§ 8 ust. 3 wzoru Umowy).

Ponadto zgodnie z treścią wzoru Umowy Strony mają współpracować w toku realizacji przedmiotu Umowy (§ 9 ust. 1 wzoru Umowy), Wykonawca ma informować Zamawiającego o zagrożeniach w realizacji Umowy (§ 9 ust. 2 wzoru Umowy), Zamawiający ma prawo kontroli przebiegu i sposobu realizacji przedmiotu Umowy (§ 9 ust. 3 wzoru Umowy), na żądanie Zamawiającego Wykonawca ma udzielać mu każdorazowo pełnej informacji na temat stanu realizacji Umowy (§ 9 ust. 4 wzoru Umowy), a w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, że przedmiot umowy wykonywany jest w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, sporządzi on pisemną notatkę, w formie protokołu rozbieżności - w celu złożenia wyjaśnień lub usunięcia wad, sprzeczności i rozbieżności (§ 9 ust. 5 wzoru Umowy).

Zamawiający dopuścił także zmianę Umowy, dotyczącą terminu jej realizacji, w okolicznościach zaistnienia opóźnień w uzyskaniu dostępu do danych niezbędnych do przeprowadzenia badania, nieależących po stronie Wykonawcy (§ 13 wzoru

Umowy). Potwierdza to § 1 ust. 5 wzoru Umowy, który wskazuje, że Strony, w uzasadnionych okolicznościach, mogą dokonać zmian w harmonogramie.

Również treść Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) wskazuje, na zaangażowanie Zamawiającego w realizację Zamówienia.

Zgodnie z zapisami OPZ (pkt 3.3. str. 5): „Jeżeli w trakcie realizacji badania okaże się, że dostępne informacje nie są wystarczające, aby odpowiedzieć na postawione pytania badawcze. Wykonawca zaproponuje odpowiednie metody badawcze w celu uzupełnienia powstałych luk.”. Ponadto na stronie 6 OPZ wskazuje się, iż: „Wykonawca zobowiązuje się do uzgodnienia ostatecznego kształtu narzędzi badawczych z Zamawiającym”.

Ponadto pkt 8 OPZ (str. 10) dotyczący danych osobowych wskazuje, iż: „Wykonawca przed pozyskaniem danych od administratorów danych uzgodni z Zamawiającym zakres danych osobowych niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia”.

Zapisy te również jednoznacznie wskazują, iż w czasie realizacji projektu będzie prowadzona bieżąca współpraca i komunikacja pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym.

Jak widać, na podstawie treści SIWZ (wzoru Umowy i OPZ) należy uznać, że zaangażowanie Zamawiającego, a więc jego przedstawicieli, w realizację Umowy jest realne, stałe i intensywne. Zamawiający sam założył, że poprzez swych przedstawicieli będzie współpracował z Wykonawcą w toku realizacji Umowy. Dziwi więc stwierdzenie w uzasadnieniu odrzucenia oferty, iż: „nie przewiduje natomiast zaangażowania swoich przedstawicieli”.

W swej ofercie Odwołujący przyjął zaangażowanie przedstawiciela Zamawiającego w realizację Zamówienia, co odpowiada ww. zapisom SIWZ (Umowy). Ponownie należy zwrócić uwagę, że z SIWZ nie można wnioskować, że po stronie Zamawiającego wyznaczona musi być tylko jedna osoba do kontaktów z wykonawcą (vide cytowany wyżej § 3 ust. 2 wzoru Umowy).

Odwołujący rzeczywiście założył w ofercie powołanie osoby ze strony Zamawiającego na określoną w ofercie funkcję (pkt C oferty, str. 10, dół strony), co Zamawiający uznaje za niezgodne z SIWZ, jednak osoba ta jest nikim innym jak właśnie przedstawicielem Zamawiającego do kontaktów z Wykonawcą. Przyjęcie innego nazewnictwa, tj. nazwanie osoby wyznaczonej do formalnych kontaktów z Wykonawcą, która dokonywać ma wszystkich wymienionych w Umowie czynności

należących do Zamawiającego w określony w ofercie sposób nie stanowi merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a więc niezgodności oświadczenia woli Odwołującego z treścią SIWZ. Wynika to po pierwsze z formalnego charakteru kwestii nazewnictwa ról w projekcie, a po drugie z faktu, że określony w ofercie przedstawiciel Zamawiającego nadal pozostaje „osobą wyznaczoną do formalnych kontaktów z Wykonawcą”, co oznacza, że zgodność oferty z SIWZ jest zachowana. Nie ma znaczenia, czy osobę nazywamy „przedstawicielem”, czy „kierownikiem”, „reprezentantem” itp. Ważna jest rola, jaką osoba ta będzie pełnić przy realizacji zamówienia, a ta odpowiada treści SIWZ.

Udostępnianie pomieszczeń:

Ponadto, z uzasadnienia odrzucenia oferty wynika, iż Zamawiający nie przewiduje: „udostępniania na potrzeby realizacji zamówienia pomieszczeń czy wyposażenia.”

Jak wynika z treści uzasadnienia odwołania zaprezentowanego przez Odwołującego powyżej, z treści SIWZ (wzoru Umowy i OPZ) wynika, że zaangażowanie Zamawiającego, a więc jego przedstawicieli, w realizację Umowy jest realne, stałe i intensywne. Brak jest przy tym zapisu, z którego wynikałoby, iż wszelkie czynności Zamawiającego związane z realizacją przez Wykonawcę Zamówienia i wszelka komunikacja Zamawiającego z Wykonawcą ma być dokonywana wyłącznie na piśmie. Z tego powodu Wykonawca mógł założyć, że co najmniej niektóre czynności, które wedle SIWZ (wraz z załącznikami) wymagają komunikacji z Zamawiającym, co do których w SIWZ nie wskazuje, że komunikacja ta odbędzie się w formie pisemnej, odbędą się na spotkaniach z przedstawicielem lub przedstawicielami Zamawiającego. Wszakże Zamawiający nie wskazał, że wyznaczy swoich przedstawicieli do „formalnych i pisemnych” kontaktów, a tylko, że do „formalnych” kontaktów.

Przykładowo, zgodnie z § 9 ust. 4 wzoru Umowy, na żądanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązuje się do udzielenia mu każdorazowo pełnej informacji na temat stanu realizacji przedmiotu Umowy, przy czym z żadnego zapisu nie wynika, czy Zamawiający zażąda takiej informacji na piśmie, czy zaplanuje w tym celu spotkanie.

Podobnie, nie jest wykluczone, że zaproponowanie przez Wykonawcę odpowiednich metod badawczych, o którym mowa w pkt 3.3. str. 5 OPZ, czy uzgodnienie z Zamawiającym ostatecznego kształtu narzędzi badawczych, o którym mowa na str. 6

OPZ nie może wiązać się ze spotkaniem się przedstawicieli Stron. Nie wskazano, że zadania te zostaną wykonane na piśmie, a przedmiot tych czynności może powodować, że takie spotkanie, w ramach obowiązku wzajemnej współpracy Strony uznają za konieczne.

Ponadto, fakt że opisana w § 3 wzoru Umowy procedura odbiorowa wskazuje na zgłaszanie przez Zamawiającego uwag do raportów w formie pisemnej notatki (protokołu rozbieżności) nie wyklucza możliwości odbycia przez Strony, w przypadku stwierdzenia takiej potrzeby, spotkania w tym zakresie, które poprzedzi opracowanie takiego protokołu lub nastąpi po jego opracowaniu.

Ponadto Odwołujący podnosi, że realizacja Zamówienia wymaga zapoznania się i analizy obszernej dokumentacji, a z treści SIWZ ani załączników nie wynika, czy Zamawiający udostępni ją Wykonawcy w kopiach czy też jedynie do wglądu (dokumentacja zawiera dane wrażliwe). Wobec braku informacji w tym zakresie w SIWZ Wykonawca słusznie założył, że analiza tych dokumentów może mieć miejsce zarówno w siedzibie Zamawiającego, siedzibach organizacji zaangażowanych w realizację Pilotażu „Partnerstwo dla Pracy”, jak i w siedzibie Wykonawcy i wszystkie te ewentualności ujął w ofercie. O żadnej niezgodności z SIWZ nie może tu być mowy.

Z tego powodu nie można także uznać, że Zamawiający słusznie uznał, iż nie przewiduje udostępniania na potrzeby realizacji Zamówienia swych pomieszczeń. Skoro możliwe jest, że przedstawiciele Zamawiającego i Wykonawcy będą - choćby tylko jeden raz - spotykać się w trakcie realizacji Zamówienia, i takie spotkanie będzie miało miejsce w siedzibie Zamawiającego siedzibie jednej z organizacji zaangażowanej w realizację Pilotażu „Partnerstwo dla Prac/”, to takie pomieszczenie będzie niezbędne. Nie można też uznać za słuszne stwierdzenia, że takie udostępnienie sali na spotkanie generuje po stronie Zamawiającego dodatkowe, nieplanowane koszty.

Zamawiający nie wskazał wszakże w SIWZ, iż zgodzi się na kierowanie swych przedstawicieli na spotkania w siedzibie Wykonawcy, jak też nie wskazał, że do stawiennictwa w siedzibie Wykonawcy zobowiązani zostaną przedstawiciele organizacji zaangażowanej w realizację Pilotażu „Partnerstwo dla Pracy”, więc Odwołujący nie mógł założyć w swej ofercie, że umowa będzie realizowana wyłącznie w jego (Odwołującego) siedzibie. Odwołujący wskazuje przy tym, że

zapropozowanie przezeń odbywania przez Strony ewentualnych spotkań w siedzibie Wykonawcy również mogłoby spotkać się ze stwierdzeniem, że Zamawiający nie przewiduje kierowania swoich przedstawicieli do siedziby Wykonawcy, a ponadto takie kierowanie powodowałoby po jego stronie dodatkowe, nieplanowane koszty.

Z powyższego można jedynie wysnuć wniosek, że zapisy SIWZ (wraz z załącznikami) w przedmiocie formuły współpracy stron (która niewątpliwie będzie miała miejsce) nie były wystarczająco jednoznaczne i precyzyjne. Jak wynika natomiast z utrwalonego orzecznictwa KIO, wszelkie wątpliwości dotyczące treści SIWZ rozstrzygać należy na korzyść Wykonawcy (tak np. KIO 218/12; KIO 2668/11), tj. nie mogą one prowadzić do odrzucenia oferty.

Nie można także pominąć faktu, że na stronie 35 oferty (pkt C oferty) Odwołujący opisuje swoje zaplecze techniczne, jakie będzie dostępne dla realizacji Zamówienia, wymieniając m.in. sale konferencyjne. Jeśli więc taka byłaby wola Zamawiającego, spotkania z jego przedstawicielami mogłyby odbywać się w siedzibie Wykonawcy.

Tym samym, wobec postanowień SIWZ za zgodne z SIWZ należy uznać zarówno założenie możliwości odbywania spotkań Zamawiającego i Wykonawcy, jak i ich odbywanie w siedzibach jednej bądź drugiej Strony.

Jak bowiem wynika z orzecznictwa, Zamawiający może odrzucić ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tylko wówczas, gdy merytoryczna treść oferty Wykonawcy nie odpowiada jasno wyrażonej treści SIWZ.

W swoich orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO”) wskazywała m. in., iż: „Hipotezę normy art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. objęta jest sytuacja, gdy treść oferty stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ w taki sposób, iż można mówić o pominięciu pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego.” - sygn. akt KIO 2241/12,

„Czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może dokonać jedynie wtedy, gdy jasnym jest, że oferowane świadczenie nie odpowiada wymaganiom opisanym w specyfikacji, a brak możliwości zgodnego z opisanymi wymaganiami wykonania umowy nie budzi wątpliwości” - sygn. akt KIO 2101/11,

„Odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nastąpić może w przypadku ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta nie odpowiada

celowi opisanemu w SIWZ, a oferowane świadczenie nie odpowiada wymaganiom wyrażonym w treści SIWZ" - sygn. akt: KIO 2073/11.

Należy więc uznać, iż odrzucenie oferty KPMG nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

II. Dotyczy zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp

Z treści uzasadnienia odwołania zawartego w pkt I powyżej wynikać może także, iż treść oferty Odwołującego w obszarze, która doprowadziła do decyzji o jej odrzuceniu, nie była wystarczająco precyzyjna. Jeśli tak, ustawa Pzp zobowiązuje Zamawiającego do skierowania do Wykonawcy wniosku o wyjaśnienie treści oferty, bowiem w sytuacji, gdy wątpliwości Zamawiającego rzutują na byt oferty (jej odrzucenie lub nie), a w konsekwencji mogą rzutować na wynik postępowania, powinny one zostać wyjaśnione (tak np. KIO/UZP 5/09, KIO/UZP 27/09).

Nie można się przy tym zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, że w tej sprawie nie miał możliwości skorzystania z instytucji wyjaśnień.

Jak wynika z orzecznictwa, wyjaśnienia oferty nie mogą prowadzić do uzupełnień treści ofert ani do dalszych uzgodnień między Wykonawcą a Zamawiającym, a mogą dotyczyć wyłącznie treści w ofercie już zawartych i je precyzować, wyjaśniać sposób ich rozumienia (tak np. KIO/UZP 1092/09, KIO 1107/11, KIO 731/11, KIO 616/11). W niniejszym Postępowaniu wyjaśnienia treści oferty nie doprowadziłyby do jej zmiany czy uzupełnienia, a jedynie wyjaśniałyby sposób jej rozumienia, co potwierdza możliwość i obowiązek skorzystania przez Zamawiającego z procedury wyjaśniającej.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia objętego niniejszym postępowaniem opisano szczegółowo w Zał. nr 1 do Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia (SIWZ) oraz Zał. nr 8 do SIWZ – Wzór umowy.

Wymagania względem treści i sposobu przygotowania oferty zamieszczono w pkt 2.4 specyfikacji. Zgodnie z pkt 2.4.3 lit. e) wymagano przedłożenia wraz z ofertą „Szczegółowego opisu sposobu realizacji zamówienia”, którego wymaganą zawartość opisano dalej w SIWZ.

W ramach powyższego opisu, w ofercie KPMG, w części C pkt III „Sposób współpracy z zamawiającym” (zawarte w części niejawnej oferty, następnie odtajnione przez zamawiającego), wskazano m.in.:

„Poza powołaniem Komitetu Sterującego następujące role uznajemy za kluczowe dla sprawnej realizacji projektu.

[...]

Kierownik Projektu ze strony Zamawiającego – zakres odpowiedzialności:

Wspieranie Zespołu Projektowego w organizacji logistyki Projektu;

Identyfikacja osób odpowiedzialnych za poszczególne obszary działalności, wsparcie w organizowaniu indywidualnych spotkań;

Kierowanie zasobami Projektu w celu wykonania zadań zgodnie z harmonogramem (wraz z Kierownikiem ze strony KPMG);

Rozwiązywanie lub eskalowanie do Komitetu Sterującego istotnych problemów, które nie mogą być rozwiązane przez Kierownictwo Projektu.

[...]

Udostępnienie pomieszczeń na potrzeby realizacji prac.

W trakcie realizacji prac, KPMG oczekuje udostępnienia odpowiednich pomieszczeń biurowych w siedzibie Zamawiającego i w siedzibach organizacji zaangażowanych w realizację pilotażu „Partnerstwo dla pracy.”

Pomieszczenia powinny być dostosowane do liczebności zespołu projektowego (5-8 osób), wyposażone w aparat telefoniczny z możliwością wykonywania połączeń do sieci ogólnodostępnej oraz posiadać możliwość dostępu do Internetu. Pomieszczenie powinno umożliwić dostęp do pomieszczeń socjalnych.”

W piśmie z dnia 22.10.2013 r., w uzasadnieniu odrzucenia oferty KPMG, zamawiający wskazał:

„Działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Zgodnie z pkt 2.4.3 lit. e SIWZ, Wykonawca uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu obowiązany był do złożenia wraz z ofertą Szczegółowego opisu sposobu realizacji przedmiotu zamówienia (zwanego dalej dokumentem). Wykonawca załączył do oferty dokument, gdzie w punkcie „C”, dotyczącym współpracy z Zamawiającym, zażądał spełnienia przez Zamawiającego szeregu warunków oraz narzucił, jako niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia, obowiązki dotyczące spełnienia warunków techniczno-organizacyjnych, co w sposób zasadniczy odbiega od zapisów SIWZ.

To do Zamawiającego należy określenie warunków realizacji przedmiotu zamówienia, a zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający uwzględnił jedynie wyznaczenie osoby do formalnych kontaktów między Stronami umowy, nie przewiduje natomiast zaangażowania swoich przedstawicieli ani udostępnienia na potrzeby realizacji zamówienia pomieszczeń czy wyposażenia. Ponadto narzucony przez Wykonawcę w przedstawionym dokumencie sposób współpracy generowałby dodatkowe koszty po stronie Zamawiającego.

W związku z powyższym Zamawiający, działając zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, odrzuca ofertę, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ stanowi niezgodność oświadczenia woli Wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

Stwierdzona niezgodność oferty z treścią SIWZ nie może zostać uznana za „inną omyłkę” podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Nie ma również możliwości wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, ponieważ procedura wyjaśniania treści oferty nie może - co do zasady - skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Niedopuszczalne są jakiegokolwiek negocjacje dotyczące złożonej oferty, które mogłyby prowadzić do zmiany jej treści.

Należy ponadto zważyć, że obowiązkiem Wykonawcy składającego ofertę jest zaoferowanie produktu dostosowanego do wymogów określonych przez Zamawiającego."

W uzupełnieniu uzasadnienia odrzucenia oferty KPMG, zawartym w piśmie z dnia 30.10.2013 r., sporządzonym na wniosek wykonawcy, zamawiający podał:

„Odstępstwa w stosunku do postanowień określonych w SIWZ zostały zawarte przez Wykonawcę w punkcie „C” ppkt III oferty - „sposób współpracy z zamawiającym” (część oferty stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa), gdzie Wykonawca nałożył na Zamawiającego, w toku realizacji zamówienia, nieprzewidziane w SIWZ obowiązki oraz zakres odpowiedzialności, między innymi zapewnił:

„ Kierownika Projektu ze strony Zamawiającego - zakres odpowiedzialności:

- 1) Wspieranie Zespołu Projektowego w organizacji logistyki Projektu;*
- 2) Identyfikacja osób odpowiedzialnych za poszczególne obszary działalności, wsparcie w organizowaniu indywidualnych spotkań;*
- 3) Kierowanie zasobami Projektu w celu wykonania zadań zgodnie z harmonogramem (wraz z Kierownikiem ze strony KPMG);*
- 4) Rozwiązywanie lub eskalowanie do Komitetu Sterującego istotnych problemów, które nie mogą być rozwiązane przez Kierownictwo Projektu "*

oraz

„Udostępnienie pomieszczeń na potrzeby realizacji prac

W trakcie realizacji prac, KPMG oczekuje udostępnienia odpowiednich pomieszczeń biurowych w siedzibie Zamawiającego i w siedzibach organizacji zaangażowanych w realizację pilotażu „Partnerstwo dla pracy."

Pomieszczenia powinny być dostosowane do liczebności zespołu projektowego (5-8 osób), wyposażone w aparat telefoniczny z możliwością wykonywania połączeń do sieci ogólnodostępnej oraz posiadać możliwość dostępu do Internetu. Pomieszczenie powinno umożliwić dostęp do pomieszczeń socjalnych "

Przedstawiona koncepcja współpracy, stanowiąca element oferowanego przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia, nie odpowiada przedmiotowi zamówienia określonego w SIWZ co do warunków jego realizacji.

Treść SIWZ jest ustalana przez Zamawiającego, który w granicach określonych ustawą kreuje zarówno jej zawartość, jak i przyszłe zobowiązania stron.

Treść oferty to jednostronne zobowiązanie Wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez Wykonawcę zostanie uznana w postępowaniu za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Z uwagi na fakt, iż powyższe oczekiwania Wykonawcy zawarte w ofercie są sprzeczne z zapisami SIWZ i niemożliwe do zrealizowania przez Zamawiającego, zachodzi materialna sprzeczność oświadczenia woli Wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego, skutkująca odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Materialny charakter sprzeczności uzewnętrznia się w tym, że oferta nie spełnia założeń Zamawiającego dotyczących wykonania zamówienia.

Jak zaznaczono w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający nie przewiduje zaangażowania swoich przedstawicieli ani udostępnienia pomieszczeń i ich wyposażenia na potrzeby realizacji zamówienia, zaś narzucony przez Wykonawcę w przedstawionym dokumencie sposób współpracy generowałby dodatkowe koszty po stronie Zamawiającego.

Nieodrzućenie oferty zawierającej wymagania sprzeczne z SIWZ oznaczałoby, w przypadku jej wyboru jako najkorzystniejszej, zgodę Zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia na warunkach odbiegających od określonych w treści SIWZ, a narzuconych przez Wykonawcę.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy, treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ, stąd to w interesie wykonawcy leży, aby złożona przez niego oferta była pod względem treści zgodna z warunkami określonymi w SIWZ. W przeciwnym wypadku wykonawca naraża się na negatywne konsekwencje skutkujące obowiązkiem odrzucenia oferty przez zamawiającego.”

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis

art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucał odwołujący, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Natomiast przepis art. 87 Pzp stanowi:

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

1a. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Ponadto należy wskazać na regulację art. 82 ust. 3 ustawy, zgodnie z którą treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ oraz art. 140 ust. 1, według którego zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Natomiast zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z ustawą.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Dodatkowo przyjąć można, iż oferta będzie niezgodna z SIWZ w przypadku, gdy opisany w niej zakres oczekiwanego przez wykonawcę zobowiązania wzajemnego zamawiającego będzie wykraczał poza jego świadczenie pieniężne określone w ofercie przez wykonawcę oraz poza zakres innych świadczeń zamawiającego opisanych w SIWZ, których gotowość przyjęcia na siebie wyraził zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia (nawet w przypadku braku konkretnych postanowień specyfikacji zakazujących powyższego). Oferta wykonawcy, w zakresie określenia zobowiązań wzajemnych stron, nie może wykraczać poza zakres przedmiotu zamówienia określony w dokumentach przetargowych. Innymi słowy oferta wykonawcy nie może nakładać na zamawiającego żadnych świadczeń wzajemnych, których zamawiający sam nie przewidział. (W przypadku gdy wykonawcy uznaje, że nie może danego przedmiotu zamówienia wykonać bez dodatkowych świadczeń ze strony zamawiającego, np. zobowiązań do określonego sposobu współdziałania czy określonego przygotowania zamawianych usług, powinien nie składać oferty lub w stosownym czasie skorzystać ze środków ochrony prawnej względem postanowień SIWZ w tym zakresie).

Postulowana wyżej zgodność zakresu zobowiązaniowego oferty i SIWZ znajduje oparcie w regulacji art. 82 ust. 3 i 140 ust. 1 Pzp. Jak wynika z powołanych przepisów ustawa zakłada jednorodność zakresu zobowiązania zamawianego, oferowane i „umawianego” przez strony.

W rozpatrywanym przypadku wskazana przez zamawiającego niezgodność treści oferty z wymaganiami specyfikacji sprowadzała się właśnie do opisanego w ofercie świadczeń wzajemnych zamawiającego, których wykonawca generalnie oczekuje w trakcie realizacji zamówienia i od których uzależnia prawidłowe wykonanie zamówienia.

Zarówno wymaganie od zamawiającego ustanowienia Kierownika Projektu oraz zapewnienia opisanych w ofercie pomieszczeń, nie da się sprowadzić do realizacji różnorodnych, wynikających z powoływanych w odwołaniu postanowień SIWZ, elementów sposobu wykonania zamówienia. W żadnym razie wykonawca nie był uprawniony przyjąć i wymagać od zamawiającego ustanowienia osoby o wskazanym w ofercie zakresie kompetencji i odpowiedzialności, tylko dlatego, że w specyfikacji (umowie) przewidziano szereg przypadków wymagających kontaktu wykonawcy z zamawiającym, przekazywania informacji czy dokonywania uzgodnień. Powyższe obowiązki umowne dotyczą generalnie wykonawcy i zamawiającego, a nie poszczególnych osób działających w ich imieniu – nie określają w jaki sposób we własnym zakresie poszczególne strony zorganizują swoją partycypację w realizacji usługi, sposób podejmowania decyzji oraz dokonywania uzgodnień i skwitowań działań drugiej strony. Obowiązkiem stron jest jedynie ustanowienie osób do kontaktu, a więc osób bez żadnych bliżej określonych kompetencji decyzyjnych i zadań, oprócz pełnienia roli odbiorcy i przekazującego informacje i zapytania od drugiej strony. Tym samym każde przekazanie informacji takiej osobie (za wyjątkiem szczególnych postanowień umownych w przedmiocie form kontaktu) będzie uważane za wypełnienie obowiązków informacyjnych i komunikacyjnych w umowie przewidzianych. Powyższe nie ma jednak nic wspólnego z identyfikowaniem osób odpowiedzialnych, wspieraniem logistyki, kierowaniem zasobami i rozwiązywaniem problemów powstających w trakcie realizacji usług.

Również w przypadku wymagań lokalowych, fakt, iż w niektórych przypadkach udostępnienie pomieszczenia przez zamawiającego może być niezbędne do realizacji usług, nie uprawnia wykonawcy do żądania od zamawiającego zapewnienia pomieszczeń o określonych rozmiarach, z dostępem do Internetu, telefonu... etc. W przypadkach gdy np. zamawiający lub inni z dysponentów dokumentacji wytworzonej w ramach projektu „Partnerstwo dla pracy” nie udostępnią wykonawcy stosownej dokumentacji lub faktycznie uniemożliwią mu sprawdzenie tej dokumentacji, wykonawca będzie mógł zwolnić się z wykonania zobowiązań wzajemnych

na zasadach ogólnych. Powyższe nie może być jednak podstawą do nałożenia na zamawiającego generalnego obowiązku udostępnienia określonych pomieszczeń.

Należy zgodzić się z ogólnym twierdzeniem odwołującego, iż wyjaśnienia oferty nie mogą prowadzić do uzupełnień treści ofert ani do dalszych uzgodnień między wykonawcą a zamawiającym, a mogą dotyczyć wyłącznie treści w ofercie już zawartych i je precyzować, wyjaśniać sposób ich rozumienia. Niestety wyjaśnienia składane przez odwołującego nie mieszczą się w powyższych ramach. Odwołujący usiłuje przedstawić zaoferowany przez siebie sposób wykonania zamówienia dotyczący roli Kierownika Projektu po stronie zamawiającego, jako odpowiadające roli osoby/osób ustanowionych do formalnych kontaktów pomiędzy stronami – wbrew literalnemu brzmieniu postanowień oferty w tym zakresie. Zadania i zakres odpowiedzialności ww. Kierownika określone w ofercie, znacznie wykraczają poza rolę zwykłej „skrzynki kontaktowej” służącej do obierania i przekazywania informacji oraz komunikowania decyzji, przewidywanej w umowie. Wymagań ofertowym, ze względu na ich treść, nie da się w tym przypadku zinterpretować i przedstawić jako zgodnych z SIWZ, tj. mieszczących się w zakresie świadczeń zamawiającego opisanych w treści specyfikacji.

Również w przypadku lokalowych wymagań ofertowych tego typu wyjaśnienie lub interpretacja zmieniająca ich literalne brzmienie nie jest możliwa jako zbyt daleko idąca. Rozpatrywany fragment oferty pozostaje bowiem jasny – wykonawca bezwzględnie oczekuje zapewnienia określonych pomieszczeń, zamiast powyższe pozostawić stosownym uzgodnieniom pomiędzy stronami w trakcie realizacji zamówienia, odpowiadającym potrzebom generowanym przez konkretne sytuacje powstające w trakcie realizacji umowy.

Odwołujący nie zarzucał zamawiającemu zaniechania zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz nie wskazywał na jakikolwiek ewentualny i możliwy sposób poprawienia jego oferty. W związku z tym w trakcie wyrokowania nie wzięto pod uwagę możliwości zastosowania ww. przepisu.

Zarzuty odwołania rozpoznano jedynie w zakresie objętym zaskarżeniem (art. 190 ust. 7 Pzp). Odwołujący nie mógł sformułować zarzutów względem faktycznych podstaw odrzucenia jego oferty, które nie zostały podane mu w uzasadnieniu czynności odrzucenia. Z tego względu w

trakcie orzekania nie wzięto pod uwagę jakichkolwiek dodatkowych przejawów niezgodności treści oferty odwołującego z SIWZ – wskazywanych w trakcie rozprawy lub w pismach procesowych zamawiającego i przystępującego – poza określeniem w ofercie zadań Kierownika projektu oraz wskazanym zapewnieniem pomieszczeń.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).