

Sygn. akt: KIO 749/16

WYROK

z dnia 23 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2016 r. przez wykonawcę: **M.G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Centrum Szkoleniowe Idea Group M.G. w Węgrzcach (32-086), ul. C 11 11** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **M.G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Centrum Szkoleniowe Idea Group M.G. w Węgrzcach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **M.G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Centrum Szkoleniowe Idea Group M.G. w Węgrzcach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Świadczenie usług w zakresie tłumaczeń pisemnych i ustnych na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego w roku 2016” zostało wszczęte przez Województwo Małopolskie, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym przez Zamawiającego Prezesowi Izby piśmie z dnia 10 maja 2016 r., nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (2016-84004) w dniu 11 kwietnia 2016 r.

W dniu 4 maja 2016 r. odwołanie wniósł wykonawca: M.G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Centrum Szkoleniowe Idea Group M.G. w Węgrzcach, zwana dalej Odwołującym. Odwołanie zostało wniesione wobec odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. *„art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego,*
2. *art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez niepoprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a zatem zaniechanie czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na mocy ustawy w toku oceny treści oferty Odwołującego, względnie zaniechanie przeprowadzenia procedury z art. 87 ust. 1 Ustawy, co doprowadziło do bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, bez należytego wyjaśnienia jej treści lub poprawienia błędów możliwych do poprawienia, zgodnie z przepisami Ustawy”.*

Zdaniem Odwołującego ustalony przez Zamawiającego brak w treści złożonej przez niego oferty ma charakter rzekomy. Obowiązkiem Zamawiającego było zastosowanie normy wypływającej z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp i dokonanie poprawy treści jego oferty. Podnosił on, że wskazana w ofercie została cena za wykonanie całości zamówienia, którą stanowić miała suma poszczególnych pozycji końcowych z Cennika usług, stąd *„interpretacja oświadczenia Odwołującego wskazuje wprost, iż rzekomy brak jest*

tak naprawdę wskazaniem przed Odwołującego ceny 0 zł w zakwestionowanej przez Zamawiającego pozycji (...) po dokonaniu zliczenia poszczególnych pozycji z Cennika usług i porównaniu ich z ceną ofertową podaną przez Odwołującego, jedyną kwotą, jaką można było i należało wpisać w zakwestionowanej pozycji, była kwota 0 zł⁹.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty, a następnie dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, ewentualnego poprawienia złożonej przez niego oferty.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego poświadczony za zgodność z oryginałem dokumenty przekazane przez Zamawiającego na wezwanie Prezesa Izby.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) przedmiot zamówienia obejmował świadczenie usług w zakresie tłumaczeń pisemnych i ustnych na języki europejskie i pozaeuropejskie, podzielone na trzy grupy językowe.

Zgodnie z pkt III.4 SIWZ częstotliwość i liczba tłumaczeń zależęć miała od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, a ich wykonanie miało być każdorazowo zlecane wykonawcy.

Zgodnie z pkt V SIWZ zamówienie miało być realizowane do dnia 31 grudnia 2016 r. lub do wyczerpania kwoty wynagrodzenia wskazanego w umowie.

Zgodnie z pkt XI.1 SIWZ na ofertę składać miały się formularz oferty – załącznik nr 1 do SIWZ oraz Cennik usług – załącznik nr 1a do SIWZ.

W pkt XIII SIWZ Zamawiający postanowił, że „Wykonawca jest zobowiązany podać w Cenniku usług, stanowiącym załącznik nr 1a do SIWZ cenę jednostkową brutto dla każdej

pozycji wymienionej w Cenniku. Następnie cenę jednostkową należy przemnożyć przez ilość wskazaną w kolumnie 3 i wynik zamieścić w kolumnie 4. Na końcu należy zsumować wartości z kolumny 4. Zsumowaną wartość należy wpisać w Formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, w pkt 3 – Cena za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wartość ta będzie stanowiła cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, która zostanie wykorzystana do porównania ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i jednocześnie będzie stanowiła maksymalną wartość umowy. Strony będą rozliczać się na podstawie ceny jednostkowej, zgodnie z umową.”

Zgodnie z § 8 ust. 1 Wzoru umowy (załącznika nr 7 do SIWZ), wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie ustalone każdorazowo na podstawie Cennika usług, stanowiącego załącznik nr 2 do umowy po zakończeniu realizacji poszczególnego zlecenia tłumaczeń.

W świetle zgodnych oświadczeń obu Stron nie było między nimi sporne to, „*że Odwołująca [w złożonej przez siebie ofercie] na drugiej stronie Cennika usług, w tabeli przypisanej do drugiej grupy językowej i opisanej jako »Tłumaczenie pisemne niepoświadczony« w pozycji »Tłumaczenia pisemne tryb pilny z języka polskiego na język obcy« nie uzupełniła tabeli w kolumnie »Cena brutto jednej strony« [kolumna nr 2 Cennika usług] oraz w kolumnie »Cena pozycji brutto« [kolumna nr 4 Cennika usług]. Nie było również sporne między Stronami to, „że suma kwot wpisanych w ostatniej kolumnie każdej z tabel (cena pozycji brutto) daje łączną kwotę 84 007,29 zł.”, a zatem kwotę wpisaną w Formularzu oferty, zgodnie z wymogami pkt XIII.1 SIWZ.*

W ocenie Zamawiającego fakt niepodania przez Odwołującego ceny w jednej z pozycji Cennika usług przemawiał za odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp oferty złożonej przez tego wykonawcę, o czym poinformował wykonawców pismem z dnia 29 kwietnia 2016 r.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia

w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Z przepisem tym koresponduje przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Stąd też, jeżeli możliwym jest poprawienie treści oferty w sposób odpowiadający przepisowi art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, Zamawiający nie może odrzucić takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. W świetle powołanego przepisu uznać należy, iż warunkiem dokonania zmian w treści oferty, tj. sprostowania omyłek, jest ustalenie, że elementy podlegające takim zmianom stanowią merytoryczną treść oferty, zaś ich odniesienie do treści SIWZ pozwala stwierdzić, że są one niezgodne z jej postanowieniami. Istotnym jest, aby były one wynikiem omyłki, a ich poprawienie nie powodowało istotnych zmian w treści oferty. Należy przy tym jednakże podkreślić, iż dokonanie zmian w treści oferty przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą prowadzić do zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów. W przypadku umowy o udzielenie zamówienia cena jest istotnym elementem zobowiązania wykonawcy mającym swe źródło w zapisach złożonej Zamawiającemu oferty.

W rozpoznawanym przypadku, przedmiotem zamówienia była realizacja usług opisanych w SIWZ, przy czym każda z usług objętych zamówieniem mogła być realizowana niezależnie od siebie i w ilości, która na dzień składania ofert nie została jednoznacznie wskazana. Ujawnione w SIWZ wielokrotności (kolumna 3 Cennika usług) stanowiły wyłącznie szacowaną przez Zamawiającego ilość i służyły jedynie ustaleniu ceny oferty, która miała zostać wykorzystana do porównania ofert. Tym samym cena oferty w ujęciu SIWZ stanowiła jedynie sumę odpowiedniej wielokrotności cen jednostkowych – to ceny jednostkowe stanowić miały podstawę do ustalenia kwoty, która służyła porównaniu ofert, nie odwrotnie. Stałym elementem, przeniesionym z treści oferty do umowy z Zamawiającym (przez powielenie Cennika usług zaczerpniętego z oferty złożonej Zamawiającemu), miały być ceny jednostkowe, które to ceny miały stanowić podstawę dla ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy za zlecone, w miarę potrzeb Zamawiającego, do zrealizowania usługi. W takich właśnie okolicznościach Odwołujący nie określił w żaden sposób ceny za jedną z usług (tłumaczenia pisemne tryb pilny z języka polskiego na język obcy w drugiej grupie

językowej) objętych zamówieniem – w ofercie brak takiej ceny, podczas gdy zgodnie z pkt XIII.1 SIWZ powinna ona zostać przez Odwołującego wyraźnie wskazana. Stan ten ocenić należało ocenić za brak w treści oferty, który w okolicznościach tej sprawy nie mógł zostać usunięty na drodze procedury opisanej w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. W tym przypadku (niewskazanie ceny usługi, której wycena i realizacja jest niezależna od innych usług objętych tym samym zamówieniem) konieczne byłoby wprowadzenie do treści oferty złożonej przez Odwołującego nowych postanowień (określenie jednostkowej ceny w ofercie), wykreowanie ich – postulowana przez Odwołującego zmiana, nie byłaby poprawieniem zaistniałej omyłki, ale uzupełnieniem treści oferty będącej niedopuszczalną w świetle przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jej zmianą. Podobnie Izba w jednej z przywoływanych przez Odwołującego spraw: KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11 (str. 39 uzasadnienia). W tym też kontekście dostrzeżenia wymagało to, że przywoływane przez Odwołującego orzeczenia Izby odnosiły się do innych stanów faktycznych (w szczególności dotyczyły one zagadnienia możliwości poprawienia zapisów kosztorysu w zamówieniach na roboty budowlane), co tezy w nich zawarte czyniło, co do zasady, nieadekwatnymi do przedmiotu sporu w rozpoznawanej sprawie.

Jak to wskazała Izba w sprawie KIO 1736/14: *„Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy 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 musi 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 również tradycyjnie zamieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.”* W rozpoznawanym przypadku Odwołujący nie podał w treści przedstawionej przez siebie oferty ceny jednej z usług. Kierując się przytoczonym tu poglądem oraz dokonanyimi ustaleniami, Izba uznała, że w rozpoznawanej sprawie, nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący: