

WYROK

z dnia 1 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **1 marca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **19 lutego 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Express Bus Przewozy Osobowo-Towarowe W. S., Wołuszewo**

w postępowaniu pn. *Usługi transportowe dla uczestników zajęć w Środowiskowym Domu Samopomocy w Marcinkowie z Filią w Prejłowie* (nr postępowania ŚDS.ZP.271.1.2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Środowiskowy Dom Samopomocy w Marcinkowie z Filią w Prejłowie, Marcinków**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Express Bus Przewozy Osobowo-Towarowe W. S. z Wołuszewa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego 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 2018 r. poz. 1986 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 Kielcach.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Środowiskowy Dom Samopomocy w Marcinkowie z Filią w Prejłowie z siedzibą w Marcinkowie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp” lub „p.z.p.”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego na usługi pn. *Usługi transportowe dla uczestników zajęć w Środowiskowym Domu Samopomocy w Marcinkowie z Filią w Prejłowie* (nr postępowania ŚDS.ZP.271.1.2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 24 stycznia 2019 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 506728-N-2018.

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

15 lutego 2019 r. Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez TRANS-KOP Z. J z Rożnowa {dalej również: „Trans-Kop”}.

19 lutego 2019 r. Odwołujący Express Bus Przewozy Osobowo-Towarowe W. S. z Wołuszewa wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Trans-Kop.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 – przez nierówne traktowanie odwołującego, a co za tym idzie niezapewnienie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez nieodrzućenie oferty Trans-Kop Z. J. i bezpodstawne uznanie, że odpowiada ona wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej uzasadnieniu również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}, pomimo braku wskazania w ofercie terminu płatności wynagrodzenia, co stanowiło wymóg SIWZ, a jednocześnie kryterium oceny ofert.
3. Art. 91 ust. 1 – przez przyznanie ofercie Trans-Kopu punktów w kryterium termin płatności wynagrodzenia i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.
4. Art. 7 ust. 1 oraz 87 ust. 1 – przez umożliwienie Trans-Kopowi uzupełnienia oferty w zakresie oferowanego terminu płatności wynagrodzenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty Trans-Kopu jako niezgodnej z treścią SIWZ.
3. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto w uzasadnieniu odwołania podniesiono następujące okoliczności.

Zamawiający w treści SIWZ wymagał – zgodnie z wzorem formularza oferty (załącznik nr 2 do SIWZ pkt 2 formularza) – wskazania terminu płatności wynagrodzenia.

Jednocześnie w rozdziale XVII pn. „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty...” Zamawiający wskazał, poza ceną, na termin płatności z wagą 40 %. Zamawiający uzupełniającą określił, że w przypadku wpisania innych wartości lub terminów płatności oferta będzie podlegać odrzuceniu bądź termin płatności zostanie ustalony według reguł określonych w tych zapisach.

Zamawiający nie przewidział w SIWZ sytuacji, gdy wykonawca nie wskaże terminu płatności wynagrodzenia.

W dniu otwarcia ofert Zamawiający oświadczył, że oferta Trans-Kopu nie zawiera terminu płatności wynagrodzenia, co wynika również z treści informacji z 5 lutego 2019 r.

Pomimo powyższych faktów pismem z 15 lutego 2019 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Trans-Kopu, jak również o przyznaniu jej 40 pkt w kryterium termin płatności wynagrodzenia.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp *polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SIWZ i którego przyjęcia oczekuje* (wyrok Izby z 5 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 501/17).

Zgodnie z wyrokiem Izby z 9 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 2440/16): *przepis art. 89 ust 1 pkt 2 p.z.p. nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych parametrów technicznych wyrobu. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego.*

Odwołując się do treści uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 21 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 401/17), *intencją ustawodawcy w zakresie art. 87 ust 2 pkt 3 p.z.p. jest umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.*

Powyższe rozważania należy uzupełnić o słuszne tezy uzasadnienia wyroku Izby z 29

grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2360/16), w którym Izba wskazała, że *warte podkreślenia jest, że wynikający z przepisu art. 87 ust 1 zd. drugie p.z.p. zakaz negocjacji obejmuje m.in. sytuacje, w których w następstwie złożonych wyjaśnień treść oferty wykonawcy zostanie uzupełniona o oświadczenia, które nie były uprzednio w niej ujęte. Omawiana instytucja ma na celu usunięcie wątpliwości dotyczących treści oferty, zinterpretowanie nieprecyzyjnego oświadczenia w niej zawartego, potwierdzenie niejasno wyrażonych intencji, nie zaś zmianę oferty.*

Zdaniem Odwołującego (popartego bezspornym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej – patrz wyrok Izby z 9 grudnia 2015 r. sygn. akt: KIO 2571/15, KIO 2581/15), *w sytuacji braku złożenia w ofercie deklaracji co do długości terminu płatności faktury, mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią wymagań określonych w SIWZ. Zgodnie z brzmieniem art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp. Pod pojęciem treści s.i.w.z. jak i treści oferty należy rozumieć merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego oraz wykonawcy. Co do zasady samo porównanie wymagań opisanych przez zamawiającego w s.i.w.z. co do przedmiotu zamówienia, sposobu czy terminu jego realizacji z zaoferowanym przez wykonawcę w ofercie świadczeniem, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty jest zgodna z treścią s.i.w.z. Należy mieć także na uwadze, że zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami. Z tego też względu w doktrynie prezentowany jest pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mieści się sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o He niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów (por. J. Pieróg, Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009). W orzecznictwie ugruntował się pogląd, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji. Pamiętać należy jednakże, że chodzi tu wyłącznie o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania odnoszące się do treści oferty, a nie jej formy (tak: wyrok KIO z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13, wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1529/14).*

Co ważne w kontekście zarzutów odwołania: *Deklaracja co do terminu płatności faktury, jako element mający niezwykle istotny wpływ na ocenę ofert i ustalenia rankingu wykonawców, będąca treścią oferty, nie może być przez Zamawiającego domniemywana i*

wywodzona z treści ogólnego oświadczenia wykonawcy (...). Z treści oświadczenia wykonawcy o przyjęciu bez zastrzeżeń przedstawionych przez Zamawiającego warunków płatności nie można, powołując się nawet na ogólną regułę interpretacji oświadczeń woli, określoną w art. 65 kc, wywodzić, że wykonawca zadeklarował najkrótszy możliwy termin płatności. Niezgodność treści oferty (...) z treścią SIWZ polegająca na braku złożenia deklaracji co do terminu płatności faktury ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, co oznacza że oferta nie podlega w tym zakresie poprawieniu czy uzupełnieniu.

Przedkładając powyższe rozważania dot. stanu prawnego na stan faktyczny sprawy, według Odwołującego oferta Trans-Kopu jest niezgodna z SIWZ, gdyż nie zawiera wskazania terminu płatności wynagrodzenia. Ewentualne uzupełnienie oferty w tym zakresie uznać należy za niedopuszczalne. W konsekwencji przyznanie Trans-Kopowi punktów w kryterium terminu płatności wynagrodzenia narusza prawo, niezależnie od tego, czy nastąpiło wskutek uzupełnienia oferty, czy też decyzji Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 20 lutego 2019 r. wniósł o jego oddalenie, następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału II ust. 4 SIWZ Zamawiający przewidział zastosowanie art. 24aa ustawy pzp, czyli tzw. procedury odwróconej, zgodnie z którą najpierw dokonał oceny ofert, a następnie zbadał, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Kryteria oceny ofert, jakie zostały określone w tym postępowaniu, to: cena – 60% oraz termin płatności wynagrodzenia – 40%.

Do upływu terminu składania ofert, tj. 5 lutego 2019 r. do godziny 12:30 do siedziby Zamawiającego wpłynęły 4 oferty.

W toku badania ofert w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający stwierdził, że ofertę z najniższą ceną złożył Trans-Kop Z. J., więc po zastosowaniu wzoru zawartego w SIWZ otrzymał w tym kryterium 60% (pkt).

W formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, poza ceną, należało podać termin płatności wynagrodzenia, przy czym Zamawiający przewidział odpowiednio: 14 dni – 0% (pkt), 21 dni – 20% (pkt) oraz 30 dni – 40% (pkt).

Wykonawca Trans-Kop nie wpisał żadnej wartości w polu: *Oświadczamy, że termin płatności wynagrodzenia, ustalamy na dni od daty dostarczenia faktury/rachunku*, stanowiącym ust. 2 formularza oferty. Natomiast, mimo że Zamawiający nie wymagał złożenia wzoru umowy (Załącznik nr 1 do SIWZ), wykonawca złożył go, a w § 5 ust. 10 wpisał, że: *Wynagrodzenie płatne będzie na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany na*

fakturze/rachunku, w terminie 30 dni od dnia doręczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający poprawił na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp brak wpisania terminu płatności wynagrodzenia w formularzu oferty jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, stosując wartość, którą wykonawca podał w załączonym do oferty wzorze umowy.

Słuszność takiego postępowania Zamawiającego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz opiniach Urzędu Zamówień Publicznych.

Według Krajowej Izby Odwoławczej brak strony formularza ofertowego, zawierającej informacje o charakterze formalnym i porządkowym, nie skutkuje brakiem możliwości oceny zgodności oferty z treścią SIWZ, zwłaszcza że informacje wymagane na tej stronie formularza wynikały z treści złożonych dokumentów i oświadczeń oraz mogły zostać przyjęte oraz ocenione przez zamawiającego, gdyby dokonał on całościowej analizy złożonych dokumentów, a nie skupił się jedynie na fakcie braku tej strony formularza (KIO 113/15).

W tym konkretnym przypadku Zamawiający, oceniając wszystkie złożone w tym postępowaniu przez Trans-Kop dokumenty, był w stanie precyzyjnie określić, jaki termin płatności wynagrodzenia zaproponował ten wykonawca.

Także w wyroku Izby z 20 października 2014 r. sygn. akt KIO 2064/14 Izba stwierdziła, że *treść oświadczenia woli, jakim jest oferta, należy interpretować z uwzględnieniem okoliczności, w których zostało złożone – art. 65 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 ze zm.). Celem złożenia oferty jest zaoferowanie świadczenia odpowiadającego Zamawiającemu. W ofercie Odwołujący zobowiązał się, że w przypadku wyboru oferty, zawrze umowę na warunkach określonych w SIWZ. Treść samej SIWZ nie określała wymaganego terminu gwarancji; termin ten określono dopiero w wyjaśnieniach. Odwołujący nie wskazał odmiennego okresu gwarancji, a jedynie nie wypełnił właściwego pola. Powyższe okoliczności świadczą o tym, że niewypełnienie pola przeznaczonego na podanie terminu gwarancji było omyłką Odwołującego, a nie celowym zamierzonym działaniem. Tym samym Zamawiający mógł dokonać poprawienia tej oferty i dokonać jej wyboru.*

W niemal identycznej sytuacji Izba nakazała powtórzenie oceny ofert i poprawienie oferty, która błędnie określiła okres gwarancji (sygn. akt KIO 1818/11). Zdaniem Izby w *okolicznościach faktycznych sprawy niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ w zakresie oferowanego okresu gwarancji na oznakowanie pionowe (36 miesięcy zamiast minimum 60 miesięcy) stanowi niezgodność z SIWZ, która należy zakwalifikować jako "inna omyłkę" określona w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Za przedstawionym poglądem*

przemawia fakt, iż celem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zawarcie z nim przez zamawiającego umowy (udzielenie zamówienia). Zatem każdy wykonawca, profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną z SIWZ. Wola odwołującego złożenia takiej oferty została wyrażona w 5 formularzu ofertowym, w którym zadeklarował realizacją zamówienia zgodnie z SIWZ.

Także w przedmiotowym postępowaniu, w wypełnionym załączniku nr 2 do SIWZ wykonawca oświadczył, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i załącznikami do niej i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz że zdobył konieczne informacje potrzebne do właściwego przygotowania oferty.

W wyroku KIO 2428/11 z 22 listopada 2011 r. stwierdzono: *Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością, a w razie stwierdzenia w ofercie uchybień, jest zobowiązany przede wszystkim do wyjaśnienia przyczyn tej niezgodności i zbadania możliwości dokonania jej poprawy. Ponadto, odrzucenia oferty, zamawiający winien dokonać jedynie w sytuacji, gdy w sposób nie budzący wątpliwości ustalił, że wada ma charakter merytoryczny i jest niemożliwa do usunięcia (...)*

Wreszcie w wyroku z 25 czerwca 2018 r. (KIO 1156/18) Izba podkreśliła, że treść oferty należy oceniać całościowo, a zatem jeśli zabrakło opisu w kosztorysie uproszczonym, ale był on w kosztorysie szczegółowym, to zdaniem Izby „nie ma tu nawet co poprawiać”.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych, potwierdzającą orzecznictwo Izby, punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Przywołany przepis art. 87 ust. 1 ustawy pzp określa również granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Przeszkody w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp nie stanowi, co do zasady, fakt, że poprawiona oferta stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Poprawienie omyłki nie może prowadzić bowiem do istotnej zmiany treści oferty (tj. merytorycznej zawartości oferty), a nie zmiany, która będzie miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do błędnego wniosku, że nie można dokonać poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, jeśli skutkiem tego działania będzie uznanie jej za najkorzystniejszą.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający stwierdził, że oferta Trans-Kopu powinna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp i po ewentualnym wyrażeniu zgody przez tego wykonawcę na poprawienie tej omyłki, Zamawiający powinien dalej procedować w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w rozumieniu przepisów ustawy pzp.

Odwołujący nie skorzystał z dyspozycji art. 8 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 ustawy pzp i bazował li tylko na informacji z otwarcia ofert, zamieszczonej przez Zamawiającego na podstawie art. 86 ust. 5 ustawy pzp niezwłocznie tj. 5 lutego 2019 r.

Wykonawca był na sesji otwarcia ofert i mógł się w całości z nimi zapoznać, niezwłocznie po ich otwarciu. Gdyby Wykonawca wystąpił o udostępnienie ofert po ich otwarciu, ewentualnie po wyborze oferty najkorzystniejszej o protokół postępowania wraz z załącznikami, miałby świadomość, że działania Zamawiającego były jak najbardziej prawidłowe, jawne, transparentne i w żaden sposób nie naruszały kluczowych zasad zamówień publicznych o których mowa w art. 7 ustawy pzp.

Pismem z 20 lutego 2019 r. Zamawiający poinformował Izbę, że kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom 19 lutego 2019 r.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia w tej sprawie.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Zamawiającego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie

i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę, ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie jako wykonawca kwestionujący zaniechanie odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą wykazał, że może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Dokumentacja postępowania potwierdza okoliczności przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, które zostały pominięte w odwołaniu. Odwołujący nie zaprzeczał na rozprawie, że nie zapoznał się z zawartością oferty złożonej przez Trans-Kop ani z dokumentacją postępowania dotyczącą badania tej oferty przez Zamawiającego.

Po pierwsze – złożona przez Trans-Kop oferta zawierała określenie terminu płatności, tyle że nie w druku formularza oferty, a w podpisanym również własnoręcznie przez Z. J. wzorze umowy, gdzie w § 5 ust. 11 odręcznie wpisano 30 dni.

Po drugie – na tej podstawie Zamawiający dokonał w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp poprawienia braku wpisania w formularzu oferty terminu płatności.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest oczywiście bezzasadne i bezprzedmiotowe, gdyż zawarta w nim ocena prawna odnosi się do błędnie ustalonego stanu faktycznego – z pominięciem powyżej wskazanych okoliczności faktycznych, które czynią ją całkowicie nieadekwatną. Skoro wbrew temu, co wydawało się Odwołującemu, oferta złożona przez Trans-Kop zawierała określenie terminu płatności wynagrodzenia, bezprzedmiotowe są wywody prawne odwołania, że oferta ta podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z kolei art. 180 ust. 3 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Stąd, jak

trafnie ujął to Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt KIO XII Ga 92/12), stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. Takie rozumienie tego przepisu jest powszechne zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Innymi słowy niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych, które mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

O ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy odróżnić zatem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Ma to takie znaczenie, że terminy na wniesienie odwołania zawierającego zarzuty w powyżej przedstawionym rozumieniu uregulowane w art. 182 ust. 1 i 3 pzp mają charakter zawity, liczony od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia albo od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W tej sprawie Odwołujący na własne ryzyko założył, że oferta złożona przez Trans-Kop nie zawierała określenia terminu płatności i na tym oparł zarzut zaniechania przez Zamawiającego jej odrzucenia jako niezgodnej z treścią s.i.w.z. oraz zarzut nieuzasadnionego jej poprawienia. Tym samym zarzuty odwołania nie odnoszą się do czynności Zamawiającego, który dokonał badania i oceny oferty Trans-Kop wyłącznie w oparciu o zawarte w niej oświadczenie woli tego wykonawcy co do terminu płatności.

Wprawdzie na rozprawie Odwołujący zakwestionował czynności Zamawiającego, o których przeczytał w odpowiedzi na odwołanie, jednak w świetle przywołanych powyżej przepisów należy uznać, że stanowiło to niedopuszczalne rozszerzenie granic sporu. Jeżeli Odwołujący chciał zakwestionować prawidłowość poprawienia przez Zamawiającego formularza ofertowego na podstawie informacji wpisanych przez Trans-Kop we wzorze umowy, mógł i powinien to uczynić do upływu zawitego terminu na wniesienie odwołania.

Stąd jedynie na marginesie Izba zauważa, że podpisany przez wykonawcę jednostronnie wzór umowy składa się na treść składanej przez niego oferty, skoro wyłącznie

w tym dokumencie wykonawca złożył oświadczenie woli co do terminu płatności. Przywoływane przez Odwołującego na rozprawie orzeczenia są zupełnie nieadekwatne, gdyż zapadły na tle zupełnie odmiennych stanów faktycznych. Nie sposób utożsamiać treści oferty z treścią formularza oferty, a pomijać treść wzoru umowy wypełnionego, podpisanego i złożonego wraz z tym formularzem. Przecież z chwilą, gdy Zamawiający złoży podpis na wzorze umowy, który został już podpisany przez Trans-Kop, zostanie zawarta z tym wykonawcą umowa w sprawie tego zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis. Nie uwzględniono wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie kosztów, gdyż według § 3 pkt 2 rozporządzenia uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego podlegają zasądzeniu w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, a żadne rachunki ze strony Zamawiającego nie zostały złożone.

Przewodniczący: