

Sygn. akt: KIO 148/18

**WYROK**  
**z dnia 7 lutego 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **Gmsynergy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzgowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwową Wyższą Szkołę Zawodową im. Witelona w Legnicy**,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **Gmsynergy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzgowie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę **Gmsynergy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzgowie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **Gmsynergy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzgowie** na rzecz Zamawiającego – **Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy** kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Legnicy**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa im. Witelona w Legnicy [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie usług w zakresie organizacji wycieczki do Chin dla osób uprawnionych do korzystania z Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Legnicy* (znak postępowania: DA.262-08/2017).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 stycznia 2018 r. pod numerem 502179-N-2018.

W dniu 26 stycznia 2018 r. wykonawca Gmsynergy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzgowie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, że postanowienia zawarte w ofercie Odwołującego są inne, tj. różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a co za tym idzie, że treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji;
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty;
3. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Odwołującego;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
5. innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz z ponownym przyznaniem Odwołującemu prawidłowej punktacji za spełnienie poszczególnych kryteriów oceny ofert (w tym kryterium atrakcyjność).

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania argumentował, że Zamawiający bezprawnie odrzucił ofertę Odwołującego, ustalając niezgodność złożonej oferty z treścią specyfikacji

z zupełną ignorancją wpływu tej niezgodności na treść oferty, jako przyszłego zobowiązania wykonawcy, bez dokonania analizy całościowej złożonej oferty pod kątem stwierdzonej niezgodności.

Odwołujący wskazał, że w każdym z kryteriów oceny ofert winien dostać maksymalną liczbę punktów, bowiem: zaproponował najniższą cenę, najbliższe usytuowane lotnisko, najbardziej pożądanym terminem płatności i załączył program wyjazdu 4 dodatkowe atrakcje – zaznaczone wyraźnie kursywą, nazwane i enumeratywnie wyliczone.

Zamawiający nie uznał w/w atrakcji, nie odnosząc się w ogóle do przyczyn ich nieuznania i informacyjnie podając w protokole otwarcia 0 punktów za tę kategorię.

Odwołujący zgaduje zatem, że przyczyną może być wymienienie w/w atrakcji w treści oferty, a konkretnie w harmonogramie szczegółowym, ale nie wpisanie ich w treść formularza, gdzie były na to przeznaczone jedynie 4 linijki, co uniemożliwiało rozwinięcie zagadnienia

i rozpisanie szczegółowo atrakcji. Bez wątplenia Odwołujący zamieścił 4 atrakcje w treści oferty. Podał je w harmonogramie ramowym, a na koniec oferty ponownie zaznaczył, że są „4 atrakcje dodatkowe zaznaczone czerwoną kursywą – bilety wstępu i degustacje wliczone w cenę oferty”.

Dalej Odwołujący podał, że ustawa Pzp nie zawiera wprawdzie definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Jednakże w świetle orzecznictwa sądów okręgowych i KIO, pod tym pojęciem można rozumieć błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo – redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Oczywiście omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można wyraźnie zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty.

W przedmiotowym wypadku, jeżeli wykonawca w 4 miejscach programu zaznaczył kursywą i nazwał atrakcje, a następnie jeszcze w podsumowaniu podkreślił ponownie, że są 4, że zawierają bilety wstępu i są to atrakcje dodatkowe (w domyśle punktowane), to wola wykonawcy jest w tym zakresie jasna i jednoznaczna.

Następnie Odwołujący wskazał, że trzecia grupa omyłek to omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie

art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie: „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia

licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślnie zastosowanie

w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp", po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej 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 fakt, 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.

Konkludując, kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez Zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego.

Odwołujący podniósł, że w jego przypadku omyłka polegała na ominięciu nieocenianych w żadnym kryterium i mogących być ukształtowanych dowolnie parametrach dotyczących: niewskazania na etapie składania ofert 3 konkretnych terminów przyjazdu do siedziby Uczelni, tj. do Legnicy ul. Sejmowa 5A, na godz. 15.00, co jest parametrem nieistotnym. Wskazanie tych parametrów bez określenia przez Zamawiającego ram czasowych przewidzianych na rozstrzygnięcie przetargu było wręcz niebezpieczne. Zamawiający nie podał bowiem „na sztywno”, kiedy zamierza rozstrzygnąć postępowanie i podanie przez Odwołującego np. pierwszej daty jako 22.01.2018 r. byłoby niemożliwe do zachowania wobec braku wyboru wykonawcy do tej daty. Dodatkowo, Zamawiający podał, że wykonawca jest zobowiązany zapewnić takie 3 w/w spotkania, ale nie wymagał określania konkretnych dat na etapie składania oferty. Parametr ten, z życiowego doświadczenia, powinien być dopasowany do czasu i dnia tygodnia odpowiadającego również uczestnikom.

Zamawiający nie określił nawet, czy miałyby to być dni robocze, czy może weekend. Z w/w przyczyn mogło i powinno to podlegać ustaleniom następczym z wybranym wykonawcą, gdyż ratio legis również było takie, aby pomóc w wypełnieniu wniosku wizowego.

Nie jest również istotne do porównania i oceny ofert określenie przez wykonawcę kwoty należnej za przebukowanie biletu oraz dokładny termin na dokonanie takiej zmiany. Podpisując wzorzec umowy Wykonawca, w tym również Odwołujący, godził się na termin na podanie danych uczestników do 30.04.2018 r. (Odwołujący podpisał stosowny wzorzec umowy jako załącznik). To, czy zmiana danych po terminie 30.04 byłaby możliwa, czy w ogóle nie, nie podlegało ocenie i wykonawca mógł, w zgodzie z zapisami SIWZ podać zarówno, że zmiana po tym terminie nie jest możliwa za żadną cenę, jak i że jest możliwa, ale za 10.000 zł/os albo możliwa za 1 zł. Dla Zamawiającego dane te subiektywnie mogły być istotne, ale z punktu widzenia oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej, w oparciu o przyjęte kryteria, nie był to zapis istotny i cokolwiek nie byłoby wpisane, byłoby równie dobre. Przeoczenie zatem przez nas w/w z całą pewnością ma charakter nieistotny do oceny ofert, a zgodnie z ustawą i wykładnią jedynym ograniczeniem zakresu poprawiania omyłek jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie jest zmianą istotną.

Podobnie, zgodnie z OPZ Oferent miał podać kwotę ubezpieczenia od kosztów rezygnacji z imprezy dla osób ewentualnie chętnych, a ubezpieczenie to nie było przedmiotem świadczeń wycenianych i obligatoryjnych, więc jego parametry, suma ubezpieczeniowa, stawki, warunki i TU mogły być zupełnie dowolne i nie wpływało to na ofertę i jej ocenę.

Odwołujący uzupełniająco wyjaśniał, że przeoczenia w/w były nie tylko niezamierzone, co dodatkowo najprawdopodobniej wyniknęły z nadpisania przygotowanego do wysłania pliku (załącznik nr 5) w toku poprawiania oferty w związku z odpowiedzią na pytania, która została udzielona przez Zamawiającego 2 dni przed składaniem ofert.

W/w braki nie miały wpływu na wiążącą treść oferty. Odwołujący rozpiął cały harmonogram wyjazdu z podziałem na dni, wymienił linie lotnicze, hotele, wszystkie obowiązkowe i dodatkowe atrakcje, podpisał również wzorzec umowy. Treść oferty w żadnym miejscu nie była sprzeczna z OPZ.

Z przyczyn powyższych, Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w pozytywnym rozstrzygnięciu.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 30 stycznia 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem ww. zamówienia publicznego była organizacja wycieczki do Chin dla osób uprawnionych do korzystania z Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy. Planowany wyjazd z Legnicy w dniu 23.05.2018 r., powrót na lotnisko docelowe w dniu 31.05.2017 r., ostatecznie do Legnicy, nie później jednak niż w dniu 01.06.2018 r., do godz. 6.00, dla 45 osób,

z możliwością zmniejszenia liczby uczestników o 10%. Zamawiający przekaze wstępną liczbę uczestników Wykonawcy do dnia 25 lutego 2018 r. Ostateczna liczba uczestników będzie podana do dnia 30.04.2018 r.

W ustępie 2 pkt 1 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający podał, że wykonawca zobowiązany jest również zapewnić, wliczone w cenę wycieczki, następujące świadczenia - pomoc uczestnikom wycieczki przy wypełnianiu wniosku o wizę do Chin - w tym celu Zamawiający wymaga aby Wykonawca wskazał min. 3 terminy przyjazdu do siedziby Uczelni, tj. do Legnicy, ul. Sejmowa 5A, na godz. 15.00 i zrealizował te przyjazdy.

W ustępie 3 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, że do oferty należy załączyć koncepcję wycieczki, która stanowiła integralną część oferty. Zamawiający przewidział, że niezłożenie ww. koncepcji wraz z ofertą będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto wskazał, iż koncepcja wycieczki miała obejmować co najmniej 8 wymaganych przez Zamawiającego elementów, w tym: pkt 6) podanie ewentualnej ceny przebukowania biletu lotniczego oraz określenie terminu, do którego może nastąpić zmiana

uczestników,

z tym, że termin ten nie będzie krótszy niż do dnia 30.04.2018 r. oraz pkt 7) podanie kwoty i pośredniczenie w zawarciu umowy ubezpieczenia kosztów rezygnacji w imprezie turystycznej ze względu m.in. na: nieszczęśliwy wypadek, nagłe zachorowanie, poważną szkodę w mieniu, kradzież dokumentów, itp. wykupienie tego ubezpieczenia będzie dobrowolne, uzależnione od indywidualnej decyzji uczestników wycieczki.

W informacji z otwarcia ofert z dnia 18 stycznia 2018 r. Zamawiający w pozycji „Dodatkowe atrakcje” w odniesieniu do oferty Odwołującego wskazał 0.

W dniu 22 stycznia 2018 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w uzasadnieniu faktycznym wskazując następujące okoliczności: 1) w rozdziale IV ust. 2 pkt 1 wykonawca miał zapewnić: pomoc uczestnikom wycieczki przy wypełnianiu wniosku o wizę do Chin – w tym celu Zamawiający wymaga aby wykonawca wskazał min. 3 terminy przyjazdu do siedziby Uczelni, tj. do Legnicy, ul. Sejmowa 5A, na godz. 15.00 i zrealizował te przyjazdy. Wykonawca w swojej ofercie nie wskazał żadnych terminów przyjazdu do Uczelni, 2) w rozdziale IV ust. 3 pkt 6 wykonawca miał podać cenę przebukowania biletu lotniczego oraz określenie terminu, do którego może nastąpić zmiana uczestników. Wykonawca nie podał ceny przebukowania biletu, oraz nie podał terminu do kiedy można było to zrobić, 3) W rozdziale IV ust. 3 pkt 7 wykonawca zobowiązany był podać kwotę ubezpieczenia kosztów rezygnacji w imprezie turystycznej ze względu m.in. na: nieszczęśliwy wypadek, nagłe zachorowanie, poważną szkodę w mieniu, kradzież dokumentów itp. Wykonawca nie podał ceny ubezpieczenia kosztów rezygnacji.

#### Izba zważyła, co następuje:

Istota sporu zawisłego przed Izbą sprowadzała się do rozstrzygnięcia skutków zaniechań Odwołującego polegających na niepodaniu w złożonej ofercie, wymaganych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, informacji wskazanych w rozdziale IV ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 6 i 7 SIWZ.

Stan faktyczny sprawy nie był sporny między Stronami. Odwołujący nie zawarł w treści swojej oferty ww. wymogów postawionych przez Zamawiającego, co skutkowało odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Tytułem wstępu wskazać należy, iż czym inny jest badanie ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem ich zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której Zamawiający precyzuje swoje oczekiwania co do przedmiotu zamówienia, a czym innym ocena ofert w ramach ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, których celem jest wybór oferty najlepszej. Żeby



można było mówić o ofercie najkorzystniejszej, bez wątpienia w pierwszej kolejności niezbędnym jest ustalenie, czy spełnia ona postawione przez Zamawiającego wymogi co do przedmiotu zamówienia wynikające ze specyfikacji. Tym samym za błędną należy uznać argumentację Odwołującego, jakoby nieocenianie pewnych wymogów opisu przedmiotu zamówienia w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert, przesądzało o ich nieistotności i jednocześnie zwalniało wykonawcę z obowiązku podania Zamawiającemu danych informacji.

Przechodząc następnie do oceny zarzutów odwołania, stwierdzić należy, iż zdaniem Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się w zakresie pierwszej okoliczności faktycznej uzasadniającej odrzucenie oferty Odwołującego polegającej na niewskazaniu w ofercie min. 3 terminów przyjazdu do siedziby Uczelni, a to z uwagi na okoliczność, iż postanowienie treści SIWZ, o którym mowa w punkcie IV ust. 2 pkt 1 SIWZ nie było precyzyjne. Zauważyć należy, iż Zamawiający w ww. postanowieniu choć wymagał, by wykonawca wskazał min. 3 terminy przyjazdu do siedziby Uczelni, to nie wskazał jednak, czy wykonawca ma zrealizować powyższy obowiązek na etapie składania oferty, czy też na etapie późniejszym, tj. realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto zauważyć należy, iż okolicznością uzasadniającą odrzucenie oferty Odwołującego nie było nieuwzględnienie w ofercie obowiązku trzykrotnego przyjazdu do siedziby Zamawiającego, którego wypełnienie Odwołujący deklarował na rozprawie, a jedynie niepodanie przez Odwołującego 3 terminów przyjazdu, które zdaniem Izby *per se* nie przesądza o nieujęciu przez Odwołującego powyższego wymogu w oferowanym świadczeniu.

Mając na powyższe okoliczności faktyczne, jak również ugruntowany w orzecznictwie Izby pogląd, iż wszelkie niejasności, wątpliwości SIWZ, winny być interpretowane na korzyść wykonawcy, a zatem bez przypisywania mu negatywnych konsekwencji w postępowaniu, Izba uznała, że Odwołujący nie powinien być zostać odrzucony na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie tej podstawy faktycznej.

Z kolei za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie dwóch kolejnych okoliczności faktycznych uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ z uwagi na niepodanie w treści koncepcji wycieczki ceny przebukowania biletu oraz terminu do kiedy można było bilet przebukować, jak również niepodania kosztów ubezpieczenia z tytułu rezygnacji z wycieczki. Nie ulega wątpliwości, iż w punkcie IV ust. 3 SIWZ Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, iż wymaga załączenia do oferty koncepcji wycieczki, która miała zawierać określone przez Zamawiającego minimalne elementy. Koncepcja, jak wskazał w dokumentacji postępowania

Zamawiający, stanowiła integralną część oferty, a niezłożenie jej wraz z ofertą skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Stosownie do treści 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. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17). Z kolei termin oferta należy odczytywać na gruncie art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Analiza dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w ocenie Izby, w sposób jednoznaczny potwierdza, iż żądana przez Zamawiającego koncepcja wycieczki, wbrew twierdzeniom Odwołującego, stanowiła merytoryczną treść oferty, bowiem taki charakter przypisał jej sam Zamawiający. Tym samym nie można zgodzić się

z argumentacją Odwołującego, który brak wskazania w treści koncepcji wycieczki, wymaganych przez Zamawiającego informacji dotyczących ceny przebudowania biletów lotniczych oraz terminu do którego możliwa byłaby ta czynność, jak również ceny ubezpieczenia kosztów rezygnacji z wycieczki uzasadniał nieistotnością postawionych wymogów oraz możliwością podania jakichkolwiek danych wobec niebadania tych elementów w ramach kryteriów oceny ofert.

Ponadto przyjmując koncepcję Odwołującego (o nieistotności wymogów Zamawiającego, skoro nie były one badane w ramach kryteriów oceny ofert), to gdyby Zamawiający odstąpił od badania elementów koncepcji określonych w SIWZ w odniesieniu do niektórych wykonawców, w tym Odwołującego, a w odniesieniu do innych oczekiwałby wskazania wszystkich parametrów, to w ocenie Izby, powyższe działanie naruszałoby wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne.

Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego podniesionej na rozprawie, jakoby akceptacja wzorca umowy, zastępował treść oświadczenia woli wykonawcy co do

oferowanego przedmiotu świadczenia. Słusznie argumentował Zamawiający, że treść § 1 ust. 5 wzoru umowy kreowała obowiązek Zamawiającego, a nie wykonawcy, wyrażający się w podaniu imiennej listy uczestników wycieczki i deklaracji co do ilości osób do dnia 25 lutego 2018 r., z możliwością zamiany ilościowej i personalnej uczestników do dnia 30 kwietnia 2018 r.

Zgodzić należy się z argumentacją Odwołującego, iż wystąpienie stanu niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie będzie każdorazowo prowadziło do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem ww. przepis odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie zaś z brzmieniem tego ostatniego przepisu, zamawiający poprawia w ofercie 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.

W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie było jednak możliwe poprawienie oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wobec niemożności ustalenia oświadczenia woli odwołującego się wykonawcy w zakresie istotnych elementów oferowanego świadczenia, które miały zostać wyartykułowane w treści koncepcji wycieczki, a których Odwołujący nie podał. W przedmiotowej sprawie jego ustalenie nie było możliwe bez istotnej zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą, po upływie terminu składania ofert, co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w ocenie Izby, nie zasługiwał na uwzględnienie. Odwołujący wywodził naruszenie ww. przepisów z faktu, iż Zamawiający przyznał mu zero punktów w kryterium „Dodatkowe atrakcje” na podstawie informacji podanych podczas otwarcia ofert.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż przyznanie wykonawcom punktów w ramach przewidzianych w SIWZ kryteriów oceny ofert następuje dopiero po ustaleniu, iż oferta danego wykonawcy nie podlega odrzuceniu. W rozpoznawanej przez Izbę sprawie Zamawiający nie dokonał oceny oferty odwołującego się wykonawcy w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert, bowiem przed dokonaniem tej czynności ustalił, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, co skutkowało wyeliminowaniem jej z postępowania.

Izba nie podzieliła również ustaleń Odwołującego, jakoby Zamawiający przyznał mu 0 punktów w ramach kryterium „Dodatkowe atrakcje” w świetle informacji podanych w dniu otwarcia ofert. Wskazać należy, iż z analizy pisma Zamawiającego zatytułowanego „Informacja z sesji otwarcia ofert” z dnia 18 stycznia 2018 r. jednoznacznie wynika, że

Zamawiający nie dokonywał podczas otwarcia ofert ich oceny w ramach poszczególnych kryteriów (nie przyznawał punktów), a jedynie podał informacje będące przedmiotem późniejszej oceny, której skutkiem byłoby przyznanie wykonawcom odpowiedniej liczby punktów. Gdyby przyjęć ustalenia Odwołującego za poprawne, to należałoby zauważyć, iż nawet uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu oferta, w ramach ww. kryterium oceny ofert nie uzyskała maksymalnej liczby punktów (20 pkt), za 7 wskazanych atrakcji. Nadto zauważyć należy, iż w odniesieniu do innych kryteriów oceny ofert Zamawiający również nie podał, w informacji z otwarcia ofert, punktacji przyznanej wykonawcom.

Ponadto w opinii Izby, w świetle niespornej okoliczności, iż Odwołujący w wymaganym miejscu, tj. w punkcie 4 formularza ofertowego nie wskazał żadnej atrakcji, opisując je w szczegółowym harmonogramie wycieczki, Zamawiający podczas otwarcia ofert informując o niepodaniu przez Odwołującego żadnej atrakcji, nie naruszył zarzucanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp. Jednocześnie wskazać należy, iż powyższe uchybienie Odwołującego nie oznaczało, że Zamawiający nie przyznałby punktów jego ofercie w ww. kryterium pozacenowym, gdyby jego oferta nie podlegała odrzuceniu.

W końcu wskazać należy, iż nie sposób wymagać od Zamawiającego by podczas czynności otwarcia ofert dokonał kompleksowej oceny i badania wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Warto zauważyć, iż czynność badania i oceny ofert, w zależności od rodzaju, przedmiotu zamówienia czy też stopnia jego skomplikowania, niejednokrotnie trwa kilka tygodni, a nawet miesięcy, dlatego też stanowisko Odwołującego o przyznaniu złożonej przez niego ofercie w kryterium „Dodatkowe atrakcje” 0 punktów, na podstawie informacji podanych w dniu otwarcia ofert, należy uznać za nietrafione.

Dodatkowo, odnosząc się do argumentacji podnoszonej na rozprawie, Izba wskazuje, że w świetle wszystkich ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, na drugim miejscu w rankingu ofert (gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona) uplasowałaby się oferta wykonawcy Biuro Podróży ELLA TOURS z siedzibą w Legnicy z łączną punktacją 98,78 pkt, na trzecim miejscu oferta wykonawcy OrientTravel Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z łączną punktacją 97,58 pkt, na czwartym zaś miejscu oferta wykonawcy Intertrans PKS S.A. z siedzibą w Głogowie z łączną punktacją 59,55 pkt.

Uwzględnienie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegającego na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niewskazanie w ofercie trzech terminów przyjazdu do siedziby Uczelni, pozostawało bez wpływu na wynik przedmiotowego postępowania z uwagi na stwierdzoną powyżej przez Izbę prawidłowość czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią

SIWZ na podstawie dwóch innych okoliczności faktycznych. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Niejako na marginesie, odnosząc się do zawartego przez Odwołującego w petitum odwołania stwierdzenia, iż Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie „*innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia*” podkreślić należy, iż to na Odwołującym, który jest profesjonalistą ciąży obowiązek skonkretyzowania zarzutów na dwóch płaszczyznach – prawnej i faktycznej. Izba nie może wyręczać Odwołującego w prawidłowym sformułowaniu zarzutów, jak również domyślać się zarzutów, które chciałby podnieść Odwołujący (por. wyrok KIO z dnia 5.11.2015 r. sygn. akt: KIO 2935/15). Nadto przypomnieć należy, iż w postępowaniach, których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec zamkniętego katalogu czynności określonych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41 poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika do kwoty określonej w ww. rozporządzeniu na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....