

Sygn. akt: KIO 1115/14

WYROK

z dnia 13 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **Combidata Poland sp. z o.o. w Gdyni**

w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4809 w Zegrzu**

przy udziale wykonawcy **Centrum Szkoleniowe Hector sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Combidata Poland sp. z o.o. w Gdyni** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Combidata Poland sp. z o.o. w Gdyni** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Combidata Poland sp. z o.o. w Gdyni** na rzecz **Jednostki Wojskowej 4809 w Zegrzu** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 4809 w Zegrzu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „usługa specjalistycznego szkolenia informatycznego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 marca 2014 r., nr 2014/S 053-088771.

W dniu 23 maja 2014 r. zamawiający, za pośrednictwem faksu, zawiadomił wykonawcę Combidata Poland sp. z o.o. w Gdyni, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze w zakresie części III zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Altkom Akademia S.A. w Warszawie.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Altkom Akademia S.A. w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Altkom”, oraz zaniechania odrzucenia jego oferty,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Centrum Szkoleniowe Hector sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym Hector”, oraz zaniechania czynności odrzucenia jego oferty,

odwołujący wniósł w dniu 2 czerwca 2014 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Altkom i odrzucenia oferty jego złożonej na część III zamówienia,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego Hector i odrzucenia jego oferty złożonej na część III zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części III postępowania,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert dotyczących części III postępowania,
- 3) wykluczenia wykonawcy Altkom z postępowania dotyczącego części III zamówienia,
- 4) odrzucenia oferty wykonawcy Altkom złożonej na część III zamówienia,
- 5) wykluczenia przystępującego Hector z postępowania dotyczącego części III zamówienia,

- 6) odrzucenia oferty przystępującego Hector złożonej na część III zamówienia,
- 7) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części III postępowania,
- 8) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części III postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia w części III zamówienia były szkolenia specjalistyczne informatyczne autoryzowane przez Cisco. Wywiódł, że wykonawca Altkom oświadczył, że zamówienie zamierza zrealizować bez udziału podwykonawców i że nie polega na zasobach podmiotów trzecich. Powyższe oznacza, że produktem oferowanym przez wykonawcę są szkolenia autoryzowane przez Cisco, a wykonawca zamówienie zamierza wykonać samodzielnie. Odwołujący wywiódł, że szkolenia autoryzowane przez Cisco prowadzić mogą wyłącznie podmioty, które uzyskały status Learning Partner, którego to statusu nie posiada wykonawca Altkom (co sprawdzić można w internetowym serwisie Cisco, który nie pozwala znaleźć wykonawcy Altkom jako podmiotu o żądanym statusie - <https://tools.cisco.com/WWChannels/LOCATR/openBasicSearch.do>). Zatem jedyną szansą na zgodne z prawem wywiązanie się ze złożonego zobowiązania jest realizacja przedmiotowych szkoleń przez podmiot trzeci, będący partnerem szkoleniowym Cisco, aczkolwiek takiej sytuacji zaprzeczają oświadczenia złożone przez wykonawcę Altkom na formularzu ofertowym.

Odwołujący wskazał, że w toku postępowania zamawiający wezwał wykonawcę Altkom do przedstawienia dokumentów potwierdzających upoważnienie do prowadzenia szkoleń autoryzowanych przez Cisco. Altkom przedłożył dokument w języku angielskim sporządzony przez Global Knowledge Training LLC z dnia 27 stycznia 2014 r. Odwołujący argumentował, że w świetle ww. oświadczenia wykonawca Altkom posiada dwa przymioty: jest członkiem sieci partnerskiej GK oraz jest partnerem szkoleniowym GK dla wszystkich szkoleń Cisco. Ponadto na mocy umowy z 19 września 2013 roku Altkom został zatwierdzony jako certyfikowany partner szkoleniowy w zakresie szkoleń Cisco. Odwołujący zaznaczył, że umowa, na którą powołuje się w swoim oświadczeniu Global Knowledge Training LLC, została zawarta przez ten podmiot i wykonawcę Altkom. Zatem nie może stanowić podstawy do uznania nadania autoryzacji szkoleniowej przez Cisco. Z załączonego dokumentu nie wynika, ani nie zostaje potwierdzone posiadanie przez Altkom autoryzacji do prowadzenia szkoleń nadawanej przez Cisco. Odwołujący argumentował, że dowodem na brak uprawnień do samodzielnego wykonania zamówienia przez wykonawcę Altkom jest pismo Cisco z 26 maja 2014 roku zaprzeczające jakoby Altkom posiadał uprawnienia do prowadzenia szkoleń autoryzowanych przez Cisco. Zdaniem odwołującego, wykonawca

Altkom celowo wprowadził w błąd zamawiającego co do posiadanych przez siebie uprawnień. Powyższe oznacza również, że szkolenia, które zaoferował wykonawca Altkom składając ofertę na część III przedmiotowego zamówienia, nie są szkoleniami specjalistycznymi informatycznymi autoryzowanymi przez Cisco, a zatem treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Hector odwołujący podniósł, iż przystępujący zaoferował wykonanie szkoleń autoryzowanych przez Cisco za kwotę brutto: 249 990,00 zł zgodnie z załączonym do oferty „formularzem cenowym”. Formularz cenowy jednakże nie zawierał łącznej kwoty brutto, którą jako sumę cen całkowitych wpisanych w kolumnę (7) formularza zapisać należało w ostatnim wierszu tego formularza zatytułowanym „RAZEM”. Obliczenie sumy cen całkowitych daje wynik różny od ceny zapisanej w formularzu ofertowym. Gruntowna analiza formularza cenowego pozwoliła ustalić, że w formularzu cenowym brakuje wiersza 28 formularza cenowego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający wezwał wykonawcę Hector pismem z dnia 19 maja 2014 roku do złożenia wyjaśnień poprzez wskazanie, czy cena 249 990,00 zł za wszystkie szkolenia autoryzowane, obejmuje także szkolenia ICND 2. Wykonawca Hector w odpowiedzi wyjaśnił, że brak ceny szkolenia ICND 2 wynika z błędu drukarskiego i przedłożył sporządzony na nowo fragment formularza w zakresie pozycji 23- 29, nadal jednak pomijając wypełnienie wiersza „Razem”. Odwołujący wskazał także, że zamawiający poprawił ofertę cenową Hector wypełniając kolumny 6 i 7 w wierszu 28 zgodnie z załączonym przez Hector ponownie wydrukowanym formularzem cenowym, a także w wierszu „Razem” w kolumnie 7 poprzez wpisanie ceny łącznej za III część zamówienia w wysokości takiej, by była ona zgodna z kwotą wpisaną do formularza ofertowego. Zamawiający dokonał niedopuszczalnej ustawą Pzp ingerencji w ofertę wykonawcy Hector. Nie jest to omyłka, którą zamawiający mógłby poprawić w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ uzupełnianie oferty o brakujące niezbędne elementy złamałoby zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Wypełnienie formularza cenowego przez zamawiającego prowadziło do zmiany oferty Hector i jest czynnością zabronioną przez ustawę. Brak ceny łącznej (kolumna 7 w wierszu „Razem”) może być bowiem uznana za błąd pisarski z uwagi na brak przeniesienia wartości podanej przez wykonawcę w innej części oferty (strona 2 formularza ofertowego). Jednak w wypadku formularza cenowego Hector brakowało całego wiersza 28, co stawia pod znakiem zapytania także cenę łączną oferty. Zatem wypełnienie przez zamawiającego kolumn 6 i 7 w wierszu 28 a także kolumny 7 w wierszu „Razem” nie może być uznane za poprawienie błędu pisarskiego. Traktując brak ceny łącznej jako błąd pisarski zamawiający uzyskał z oferty wykonawcy informację za jaką cenę łączną ma zamiar wykonawca wykonać część III zamówienia - szkolenia autoryzowane Cisco. Jednak brak

wiersza 28 już wprowadza wątpliwości, czy wykonawca błędnie nie podał ceny jednego ze szkoleń ICND 2, czy też błędnie określił ceną łączną oferty. Wyjaśnienia mogą dotyczyć wyłącznie niezrozumiałych części oferty, nie zaś jej braków. Wyjaśnienia wykonawcy nie mogą prowadzić do jakiegokolwiek zmiany oferty. Mając dwie nieznane wartości nie jest możliwa korekta formularza cenowego. Istotą oczywiście omyłki rachunkowej jest to, że nie budzi wątpliwości, na czym polegała i w jaki sposób należy ją poprawić. W tym wypadku okoliczności te nie zachodzą.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Hector.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Złożył odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił wykonawca Centrum Szkoleniowe Hector sp. z o.o. , zwany dalej „przystępującym”. Wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił wykonawca Altkom Akademia S.A. W warszawie.

W dniu 12 czerwca 2014 r. wykonawca Altkom złożył oświadczenie o cofnięciu zgłoszenia przystąpienia do postępowania i podniósł, że nie będzie uczestniczył w postępowaniu odwoławczym.

W trakcie posiedzenia przed Izbą w dniu 13 czerwca 2014 r. odwołujący cofnął zarzuty dotyczące oceny oferty wykonawcy Altkom Akademia S.A., albowiem zamawiający wykonał w dniu 12 czerwca 2014 r. czynność odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. Odwołujący cofnął także zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego Hector. Podtrzymał zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Hector.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego Hector, wezwanie zamawiającego z 12

maja 2014 r. o wyjaśnienie treści oferty przystępującego, wyjaśnienia przystępującego z 13 maja 2014 r., zawiadomienie zamawiającego o poprawieniu omyłki pisarskiej z 19 i 20 maja 2014 r., pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania datowane na 22 maja 2014 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał czynności wykluczenia wykonawców, których oferty sklasyfikowano na dwóch pierwszych miejscach i zaniechał odrzucenia tych ofert, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tych czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia w zakresie części III zamówienia były szkolenia specjalistyczne autoryzowane przez Cisco.

W Rozdziale VIII SIWZ zastrzeżono, że wymagane jest, aby Wykonawca swoją ofertę złożył m.in. na wypełnionym i podpisanym:

- Formularzu ofertowym - z wykorzystaniem wzoru wg załącznika nr 1 do SIWZ.
- Formularzu cenowym - z wykorzystaniem wzoru wg załącznika nr 2.

W Rozdziale XVI SIWZ (opis sposobu obliczenia ceny) znalazły się m.in. następujące postanowienia:

2. Wykonawca określi cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia na załączonym do SIWZ formularzu ofertowym (zał. nr 1 do SIWZ) wg zasad określonych w sposobie wypełnienia tego formularza.

3. *Cena ofertowa brutto powinna zawierać wszystkie koszty związane z oferowaną realizacją zamówienia uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także od towarów i usług).*
4. *Cena oferty musi być podana w złotych polskich brutto – cyfrowo i słownie.*
5. *Podana cena ofertowa obowiązuje przez cały okres trwania umowy o udzielenie zamówienia publicznego.*
6. *Ocenie podlegać będzie cena oferty brutto obliczona, zgodnie z załącznikiem nr 2.1 – 2.18 (odpowiednio dla części zamówienia) do SIWZ w następujący sposób:
- Ilość osób (kol.3) x cena za jedną osobę (kol. odpowiednio 6) = cena całkowita (kol.7),
- Wartość oferty = suma wartości w kolumnie 7.*
7. *Wykonawca zobowiązany jest wypełnić wszystkie pozycje formularza cenowego.*
8. *Wyliczoną sumę wartości brutto w Formularzu cenowym należy przenieść do Formularza ofertowego*

We wzorze formularza ofertowego zamawiający, w zakresie części III zamówienia, wymagał podania ceny ofertowej brutto za wykonanie tej części przedmiotu zamówienia, zgodnie z załączonym do oferty formularzem cenowym.

We wzorze formularza cenowego, dotyczącym części III zamówienia, zmodyfikowanym w dniu 3 kwietnia 2014 r., wymieniono 29 zamawianych szkoleń, co do których należało wypełnić kolumnę 6 (cena za jedną osobę w zł), kolumnę 7 (cena całkowita w zł), oraz proponowany termin szkolenia w miesiącach wskazanych przez zamawiającego (kolumna 5), oraz wiersz „razem”.

Przystępujący Hector złożył ofertę i oświadczył, że oferuje wykonanie zamówienia zgodnie z SIWZ za cenę, w części III zamówienia, 249.990,00 zł brutto, zgodnie z załączonym do oferty formularzem cenowym.

Załączył do oferty m.in. formularz cenowy dotyczący części III zamówienia. W formularzu tym, nie wypełniono wiersza „razem” oraz wiersza dot. szkolenia nr 28 (szkolenie Cisco – INCD 2 – Interconnecting Cisco Networking Devices Part 2).

Suma cen szkoleń wymienionych w pozostałych wierszach wynosi 248.020 zł brutto.

W dniu 12 maja 2014 r. zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do przystępującego Hector o wyjaśnienie złożonej oferty, tj. czy wartość oferty dla Części III w wysokości 249.990,00 zł obejmuje szkolenie Cisco – ICND 2.

W dniu 13 maja 2014 r. przystępujący Hector przesłał do zamawiającego pismo, w którym wyjaśnił, że wartość oferty dla części III w wysokości 249.990,00 zł obejmuje szkolenie Cisco – ICND 2. Wskazał, że kształt formularza cenowego, który został złożony do oferty był wynikiem błędu w druku i w związku z tym w załączeniu do pisma zamieszcza

poprawnie wydrukowaną stroną formularza. W zamieszczonej stronie formularza znajduje się wypełniony wiersz 28 dot. szkolenia Cisco-ICND 2, w którym w kolumnie 6 i 7 wpisano kwotę 1970 zł.

W dniu 19 maja 2014 r. zamawiający zawiadomił przystępującego, iż działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprawił w jego ofercie omyłki pisarskie:

1. Wiersz 28 w kolumnie 6, powinno być 5570 zł,
2. Wiersz 28 w kolumnie 7 powinno być 5570 zł,
3. Wiersz „razem” w kolumnie 7, powinno być 249.990,00 zł.

W dniu 20 maja 2014 r., zamawiający w nawiązaniu do ww. pisma z 19 maja 2014 r., poinformował, że anuluje jego treść, zaś poprawna treść informacji brzmi, iż działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprawił w ofercie przystępującego omyłki pisarskie:

1. Wiersz 28 w kolumnie 6, powinno być 1970 zł,
2. Wiersz 28 w kolumnie 7 powinno być 1970 zł,
3. Wiersz „razem” w kolumnie 7, powinno być 249.990,00 zł.

W dniu 22 maja 2014 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, iż jego oferta, w części III zamówienia, została sklasyfikowana na trzecim miejscu, za ofertą wykonawcy Altkom Akademia S.A., którą uznano za ja korzystniejszą oraz za ofertą złożoną przez przystępującego Hector.

W dniu 12 czerwca 2014 r., po wniesieniu odwołania, a przed otwarciem rozprawy, zamawiający poinformował wykonawców, że unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę Altkom Akademia S.A. w Warszawie. W wyniku powtórnej czynności oceny ofert jako najkorzystniejszą wybrał ofertę przystępującego Hector, zaś oferta odwołującego sklasyfikowana została na drugim miejscu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że oferta przystępującego Hector nie podlegała odrzuceniu z przyczyn wskazanych w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że przystępujący Hector rzeczywiście załączył do oferty m.in. formularz cenowy dotyczący części III zamówienia, w którym nie wypełniono wiersza „razem” oraz wiersza dot. szkolenia nr 28 (szkolenie Cisco – INCD 2 – Interconnecting Cisco

Networking Devices Part 2). Istotnym w sprawie był jednak fakt, że wykonawca złożył formularz ofertowy, w którym wskazał globalną cenę za wykonanie całej części III przedmiotu zamówienia na poziomie 249.990 zł. Nie było sporne, że suma cen szkoleń wymienionych przez wykonawcę w pozostałych wierszach formularza cenowego (tj. 1-27 i 29) wynosiła 248.020 zł brutto. Odjęcie od kwoty 249.990 zł ceny szkoleń wymienionych w wierszach 1-27 i 29 tj. 248.020 zł brutto dawało różnicę w wysokości 1970 zł.

W ocenie Izby zaistniały stan faktyczny należało uznać za niezgodność oferty przystępującego z treścią SIWZ. Zgodnie z rozdziałem XVI pkt 7 wykonawca zobowiązany był bowiem wypełnić wszystkie pozycje formularza cenowego, w tym m.in. podać informację na temat wartości szkolenia z wiersza 28. Informacja ile kosztują poszczególne szkolenia miała pewne znaczenie dla zamawiającego, o czym świadczyły postanowienia wzoru umowy, w którym przewidziano fakturowanie częściowe po każdym zrealizowanym szkoleniu (§ 5 ust. 1 wzoru umowy). Jednakże takie ustalenie nie prowadziło do konieczności odrzucenia oferty przystępującego.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem obowiązek odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ aktualizuje się dopiero w sytuacji, gdy niemożliwym jest zastosowanie instytucji poprawy innej omyłki uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie zaś do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie m.in. inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Cytowana regulacja została wprowadzona ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058),

Ratio legis tego przepisu to sanowanie 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 oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na powyższą intencję ustawodawcy wskazuje uzasadnienie do ww. ustawy nowelizującej. „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty

uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Dostrzeżenia wymaga, że z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego.

Na uwagę zasługuje fakt, że dla wystąpienia podstaw do dokonania przez zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie – że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa.

Biorąc powyższe pod ustalenia oraz rozważania pod uwagę, należało dojść do wniosku, że zamawiający miał podstawy, aby ustalić cenę jednostkową brakującego szkolenia z wiersza 28 tj. Cisco – ICND 2 na poziomie 1970 zł. Izba ocenia jako prawidłowy sposób, w jaki zamawiający poprawił ofertę w piśmie przesłanym w dniu 20 maja 2014 r. Dostrzeżenia wymaga w tym miejscu to, że cena z formularza ofertowego miała odpowiadać cenie wskazanej w polu „razem” formularza cenowego. Powyższe wynikało ze wzoru formularza ofertowego. Zatem można było z dużym prawdopodobieństwem założyć, że w pozycji „razem” formularza cenowego powinna znajdować się kwota z formularza oferty, tj. 249.990 zł. Przemawiał za tym również fakt, że szkolenie z wiersza 28, zostało wycenione przez przystępującego w innych wierszach (np. pozycji 9), dokładnie na tę samą kwotę 1970 zł.

Poprawienie oferty w ten sposób, że wpisano w wierszu 28 formularza cenowego brakującą kwotę 1970 zł, nie spowodowało istotnej zmiany w treści oferty. W ogóle nie uległa zmianie łączna cena oferty, która została jedynie przeniesiona z formularza oferty. Ponadto, cenę brakującego szkolenia zamawiający mógł ustalić na dwa sposoby: na podstawie ceny analogicznego szkolenia w innych pozycjach formularza lub poprzez odjęcie od ceny

ofertowej z formularza ofertowego sumy cen jednostkowych z formularza cenowego (249.990 zł – 248.020 = 1970 zł). W każdym przypadku uzyskana kwota wynosiła 1970 zł.

Nawet gdyby przyjąć najdalej idący wniosek, że wykonawca omyłkowo nie zaoferował szkolenia z pozycji 28, to poprawienie oferty i doprowadzenie jej do zgodności z SIWZ poprzez wpisanie ceny brakującego szkolenia w kwocie 1970 zł, nie spowodowało istotnej zmiany w treści oferty. Kwota 1970 zł stanowi bowiem zaledwie ok. 0,7% wartości całej oferty.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że taki sposób poprawienia omyłki, jakiego dokonał zamawiający, choć najbardziej prawdopodobny, nie był jedynym możliwym, a zatem „oczywistym” sposobem. Można było również bowiem założyć, że wykonawca zsumował błędnie ceny jednostkowe w formularzu cenowym i podał zawyżoną wartość w formularzu oferty. Powyższe stało na przeszkodzie uznaniu tej omyłki za oczywistą omyłkę pisarską w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe nie zmienia jednak faktu, że zdaniem Izby zamawiający miał obowiązek poprawić omyłkę w ofercie przystępującego w sposób przedstawiony w piśmie z dnia 20 maja 2014 r., choć nie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, lecz na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodującą istotnej zmiany w treści oferty.

Reasumując zatem Izba uznała, że zamawiający dokonał prawidłowej czynności poprawienia omyłki w ofercie przystępującego, lecz podstawą prawną tych działań powinien być przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 a nie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Jednakże, naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w okolicznościach danej sprawy, nie wywiera jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba odwołanie uwzględnia tylko wtedy, gdy stwierdzi naruszenia ustawy Pzp mające wpływ na wynik postępowania. Błędna kwalifikacja prawna czynności poprawy omyłki, w sytuacji gdy sama czynność została przeprowadzona prawidłowo, takiego wpływu na wynik postępowania nie wywiera.

Izba nie mogła odnieść się do przedstawionego przez odwołującego na rozprawie nowego zarzutu, zgodnie z którym oferta przystępującego jest niezgodna z SIWZ z tego powodu, że wykonawca nie podał terminu szkolenia w wierszu 27 formularza cenowego. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedstawione w dowołaniu.

Podkreślenia wymaga, że w świetle orzecznictwa nie tylko Izby ale i Sądów okręgowych, sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, o tym jakie zarzuty wskazuje w odwołaniu odwołujący świadczą przedstawione przez niego okoliczności

faktyczne. Przedstawienie nowych okoliczności faktycznych, nawet wyczerpujących tę samą podstawą prawną, uznaje się zatem za nowy zarzut. Skoro zatem takie okoliczności faktyczne nie zostały w odwołaniu wskazane, to oznacza, że zarzutu w tym zakresie odwołujący w odwołaniu nie sformułował, a w konsekwencji Izba nie może się na jego temat wypowiedzieć.

W trakcie posiedzenia przed Izbą w dniu 13 czerwca 2014 r. odwołujący cofnął zarzuty dotyczące oceny oferty wykonawcy Altkom, albowiem zamawiający wykonał w dniu 12 czerwca 2014 r. czynność odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. Odwołujący cofnął także zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego Hector. Izba zatem nie rozpoznawała tych zarzutów.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: