

WYROK
z dnia 6 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **23 maja 2014 r.** wniesionego przez wykonawcę **Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. z siedzibą w Warszawie, al. Jana Pawła II 24, 00-133 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Dom Pomocy Społecznej Nr 1 im. Marie Juchacz, ul. Podmiejska Boczna 10, 66-400 Gorzów Wielkopolski**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Dom Pomocy Społecznej Nr 1 im. Marie Juchacz, ul. Podmiejska Boczna 10, 66-400 Gorzów Wielkopolski

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. z siedzibą w Warszawie, al. Jana Pawła II 24, 00-133 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) przez zamawiającego **Dom Pomocy Społecznej Nr 1 im. Marie Juchacz, ul. Podmiejska Boczna 10, 66-400 Gorzów Wielkopolski** na rzecz wykonawcy **Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. z siedzibą w Warszawie, al. Jana Pawła II 24, 00-133 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984, poz. 1047 i poz. 1473) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Dom Pomocy Społecznej nr 1 im. Marie Juchacz, ul. Podmiejska-Boczna 10, 66-400 Gorzów Wielkopolski** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Usługa Grupowego Ubezpieczenia na życie dla pracowników domu pomocy społecznej nr 1 im. Marie Juchacz w Gorzowie Wielkopolskim oraz członków ich rodzin«.

Zamawiający zamieścił w BZP ogłoszenie o zamówieniu 07.03.2014 r. pod nrem 77422. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984, poz. 1047 i poz. 1473) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Wykonawca **Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. z siedzibą w Warszawie, al. Jana Pawła II, 24 00-133 Warszawa, Oddział Regionalny w Szczecinie**, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, wniósł 23.05.2014 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego;
- 2) wybór oferty wykonawcy **ING** Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie SA. z siedzibą w Warszawie (dalej również jako „wykonawca ING”) [zarzut cofnięty na rozprawie oświadczeniem odwołującego do protokołu].

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego;
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy ING, jako oferty najkorzystniejszej;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 4) art. 14 Pzp w związku z art. 65 Kc przez jego nienależyte zastosowanie i przyjęcie, że w złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach, odwołujący dokonał zmiany treści oświadczenia woli złożonego w ofercie, co w konsekwencji uniemożliwiło skorzystanie przez zamawiającego z uprawnień wynikających z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jak również stanowiło podstawę do odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) inne przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wskazane w uzasadnieniu ewentualnie [część zarzutu cofnięta na rozprawie

oświadczeniem odwołującego do protokołu] art. 87 ust. 2 pkt 3 przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, ewentualnie poprawienia oferty odwołującego;
- 4) dokonanie czynności wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosi także o przyznanie odwołującemu zwrotu kosztów postępowania wywołanych wniesieniem odwołania.

Argumentacja odwołującego

Oferta odwołującego jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia, co potwierdza m.in. formularz oferty, z którego wynika, że odwołujący zagwarantował wykonanie zamówienia zgodnie z treścią specyfikacji, wyjaśnień do specyfikacji oraz z treścią oferty. Brak jest zatem jakichkolwiek przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy.

Niemniej jednak pomimo to, oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z uzasadnienia czynności zamawiającego można wywnioskować, że zamawiający w sposób całkowicie bezpodstawny przyjął, że odwołujący wprowadził zmiany załącznika nr 4 do specyfikacji, w wyniku czego oferta nie spełnia wymogów określonych w specyfikacji.

Zdaniem zamawiającego, wpisanie w liczbie porządkowej 17 kol. 3 zał. 4 trzech wysokości świadczeń uniemożliwiało zamawiającemu dokonanie oceny kryterium dla składnika K1, co z kolei uniemożliwia porównanie ofert względem innych ważnych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Z tym rozumowaniem odwołujący nie zgadza się.

Zgodnie z zał. nr 2 do specyfikacji, ust. VII pkt 11, zamawiający wymagał złożenia wykazu operacji chirurgicznych i wysokości świadczeń z tytułu operacji zgodnie z wykazem w OWU ubezpieczyciela z zastrzeżeniem, że wysokość minimalnego i maksymalnego świadczenia z tytułu operacji obowiązuje zgodnie z postanowieniami pkt 17 załącznika nr 3 do specyfikacji i załącznika nr 3 w ofercie wykonawcy.

Zgodnie z powyższym zamawiający żądał, aby świadczenie wykonawcy z tytułu ubezpieczenia ryzyka operacji chirurgicznej w zależności od **grupy, klasy lub operacji** nie

było niższe niż 400 zł (minimalne świadczenie). Ponadto zamawiający oczekiwał, że świadczenie maksymalne powinno być nie niższe niż 2.000 zł. Oznacza to, że w zależności od rodzaju operacji (w katalogu jest ich kilkadziesiąt), wykonawca może wypłacić ustaloną przez siebie kwotę tytułem świadczenia, przy założeniu, że nie będzie ona niższa niż 400 zł, a maksymalna wysokość świadczenia, nie będzie niższa niż 2.000 zł. Tym samym jako prawidłowe uznać należy, wskazanie świadczeń w wysokości znajdującej się w przedziale od 400 zł wzwyż.

Jednocześnie w kryterium oceny ofert zamawiający wskazał:

Kryterium wysokości świadczeń

Punkty dla danego świadczenia w każdej pozycji od nru 1 do nru 29 będą obliczane według wzoru:

$$K1 = CB / C_{\max} \times WP$$

K1 – uzyskana liczba punktów w danej pozycji

CB – wysokość świadczenia oferty badanej

C_{\max} – najwyższa wartość świadczenia spośród ważnych ofert niepodlegających odrzuceniu

WP – waga punktowa dla danej pozycji podana w załączniku nr 3 do specyfikacji.

W żadnym postanowieniu specyfikacji nie znalazła się informacja, że zamawiający dopuszcza wskazanie jedynie wysokości świadczenia minimalnego oraz maksymalnego z tytułu operacji chirurgicznej. Co więcej w kryterium oceny ofert oceniana jest najwyższa wysokość świadczeń (bez ograniczenia, że dotyczy ona jedynie świadczenia minimalnego i maksymalnego). W związku z tym zamawiający nie zakazał wskazywania również świadczeń pośrednich z tytułu operacji chirurgicznych, pod warunkiem, że spełniają one postawione wymagania zamawiającego (świadczenie minimalne jest w wysokości wyższej niż 400 zł).

Tym samym odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych i wewnętrznie sprzecznych postanowień specyfikacji. A zatem czynność odrzucenia oferty odwołujący przez zamawiającego została dokonana z rażącym naruszeniem podstawowych przepisów prawnych, w tym Prawa zamówień publicznych, bo zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy, która to oferta była zgodna ze specyfikacją.

Jednocześnie w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień treści ofert wysłane przez zamawiającego **13.05.2014 r.**, abstrahując od jego zasadności (w ocenie odwołującego wezwanie było niezasadne, bo brak było kwestii wymagających wyjaśnienia) odwołujący potwierdził zarówno wysokość świadczenia minimalnego, jak i maksymalnego

świadczenia, czyniąc zadość wezwaniu. Zamawiający uznał, że odpowiedź odwołującego stanowiła nowe oświadczenie woli, zmieniające treści złożonej oferty.

Odwołujący wskazuje, że obowiązkiem zamawiającego, w przypadku stwierdzenia zaistnienia omyłki w treści oferty odwołującego było skorzystanie z dyspozycji normy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i dokonanie poprawy jego oferty. Zgodnie z powszechnie przyjętą w doktrynie wykładnią, możliwość poprawienia nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie ww. przepisu wymaga, aby:

- niezgodność miała charakter omyłki,
- poprawienie niezgodności nie spowodowało istotnych zmian w treści oferty.

Zgodne z treścią załącznika nr 2 do specyfikacji, zamawiający wymagał od wykonawców przedstawienia oferty cenowej na świadczenie z zakresu „Operacje chirurgiczne w zależności od grupy / klasy / operacji”, z założeniami zamawiającego, z którymi zgodnie:

1) wykonawca ustala wg swoich OWU grupy / klasy poszczególnych operacji i wysokości świadczeń za poszczególne operacje – wg grupy / klasy;

2) przy założeniu jak powyżej, zamawiający wymagał zaproponowania świadczeń (wg grup / klas dowolnie przyjętych przez wykonawcę), gdzie **minimalne świadczenie będzie nie niższe niż 400,00 zł**, zaś **maksymalne świadczenie będzie nie niższe niż 2.000,00 zł**;

3) tym samym zamawiający postawił wyłącznie tzw. progi minimalne świadczeń – dla najniższego świadczenia – wykonawcy nie mogli zaproponować świadczenia niższego niż 400 zł; zaś świadczenie maksymalne (najwyższe) za operację chirurgiczną miało być nie niższe niż 2.000,00 zł;

4) analizując ofertę odwołującego można dojść do wniosku, że odwołujący co do świadczenia minimalnego (które miało być nie niższe niż 400 zł) wskazał kwotę 440 zł, zaś co do świadczenia maksymalnego (które miało być nie niższe niż 2000 zł) zaproponował kwotę 2200 zł;

5) wpisanie w rubryce także kwoty 1320 zł, w żaden sposób nie skutkuje niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji, gdyż w ofercie znajduje się propozycja maksymalnej i minimalnej kwoty świadczenia wymagana przez zamawiającego – patrz pkt 2 i 4 powyżej; ponadto nie znajduje uzasadnienia argument zamawiającego co do braku możliwości oceny oferty;

6) odwołujący zaproponował świadczenie minimalne oraz maksymalne spełniające kryteria zamawiającego; także informacja przesłana przez odwołującego 13.05.2014 r. (na wezwanie zamawiającego) potwierdziła ten stan rzeczy.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **23.05.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **23.05.2014 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

03.06.2014 r. wykonawca ING złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp). Pismo zostało złożone po upływie terminu 3 dni od powiadomienia o wniesieniu odwołania, czyli wykonawca nie mógł stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **02.06.2014 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Argumentacja zamawiającego:

Ad zarzutu 1. Odwołujący, jak i pozostali wykonawcy, był obowiązany do wykazania w wierszu 17 w kol. 3 zał. do oferty (na formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do specyfikacji) wysokości dwóch granicznych świadczeń z tytułu operacji chirurgicznych:

- 1) świadczenia minimalnego (nie mniejszego niż 400 zł) oraz
- 2) świadczenia maksymalnego (nie mniejszego niż 2 000 zł).

Odwołujący wskazał 3 kwoty 440 zł / 1 320 zł / 2 200 zł. Pozostawienie zamawiającemu do wyboru kwot nie było dopuszczalne w treści oferty po upływie terminu składania ofert. Taką propozycję skierował odwołujący 13.05.2014 r.

Zamawiający nigdzie nie wymagał wskazania w ofercie świadczenia pośredniego.

Wybór którejs z kwot można uznać za niedozwolone negocjacje.

Ad zarzutu 2 i 3. Oferta wykonawcy ING spełniała wszystkie warunki i wymogi zamawiającego. Była sporządzona zgodnie z treścią specyfikacji. Nie było podstaw do jej odrzucenia. Wybór tej oferty nie naruszał żadnych przepisów.

Ad zarzutu 4. Wybór jednego z dwóch świadczeń 440 i 1320 zł zdaniem odwołującego nie stanowi zmiany treści oferty. Wykładania oświadczenia woli określona w art. 65 Kc (w zw. z art. 14 Pzp) doznaje ograniczenia przez treść art. 87 Pzp. Ale nawet w piśmie z 13.05.14 r. odwołujący nie odniósł się do zaoferowanego świadczenia w wysokości 1320 zł. Odwołujący dopiero w odwołaniu stwierdza, że jest to „świadczenie pośrednie”, chociaż nie ma o tym mowy w specyfikacji ani odwołujący nie wskazuje skąd ta kwota powstała. Odwołujący wskazuje, że zaoferowanie tej kwoty nie wpływa na treść oferty.

Ponadto przyjęcie świadczenia minimalnego na poziomie 1320 zł powodowałoby przyznanie innej liczby punktów wszystkim ofertom, co mogłoby spowodować wybór innej oferty, jako oferty najkorzystniejszej.

Ad zarzutu 5. Odwołujący składając ofertę z dwoma wartościami świadczeń dokonał nieuprawnionej modyfikacji formularza ofertowego. Zamawiający nie ma możliwości dowolnego wyboru jednej z zaoferowanych cen. W związku z tym występuje niezgodność treści oferty z postanowieniami specyfikacji.

Wyjaśnienia treści oferty stanowią rodzaj interpretacji oświadczenia woli odwołującego (oferty), a przyjęcie wyjaśnień zmieniających treść oferty powinno być uznane za negocjacje, co naruszałoby art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp.

Zamawiający nie mógł zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp gdyż poprawa takiej omyłki nie spełniałaby dwóch wymaganych w tym przepisie warunków, poprawa:

- 1) polega na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji;
- 2) nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Dla zamawiającego możliwość otrzymania świadczenia w wysokości 440 zł albo 1320 zł ma istotne znaczenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, pierwszy i trzeci zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 Pzp – przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego i przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający w ust. VII pkt 11 zał. nr 2 do specyfikacji postanowił, że wykonawcy mają wpisać w ofercie (w pozycji oznaczonej lp. 17 załącznika „Obligatoryjny zakres ochrony ubezpieczeniowej /Rodzaj świadczenia/”) wysokość minimalnego i maksymalnego świadczenia z tytułu operacji chirurgicznych, zgodnie z postanowieniami w pkt 17 załącznika nr 3 do specyfikacji czyli przy czym maksymalne świadczenie nie mogło być zaoferowane w kwocie niższej niż 2000 PLN, a minimalne świadczenie nie mogło być zaoferowane w kwocie niższej niż 400 PLN.

W odpowiednim miejscu oferty odwołujący wpisał 3 liczby: 2200, 1320 i 440 PLN bez wyjaśnienia wpisania niezadanej przez zamawiającego środkowej kwoty 1320 PLN.

Skład orzekający stwierdza, że odwołujący spełnił wymaganie zamawiającego wpisując w odpowiednim miejscu oferty wartości, z których maksymalna [2200] i minimalna [440] spełniały wymagania zamawiającego. Natomiast w stosunku do dodatkowo wpisanej wartości [1320] zamawiający nie miał podstaw aby brać ją pod uwagę podczas oceny ofert.

Nie wyklucza to stwierdzenia podlegania tej kwoty poprawieniu w ramach spełnienia dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, który brzmi: »Zamawiający poprawia w ofercie [...] oczywiste omyłki pisarskie – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«. O fakcie poprawy w ofercie przedmiotowej kwoty zamawiający powinien zawiadomić niezwłocznie wykonawcę, aby wykonawca był świadomy dokonanej czynności poprawy oferty i w przypadku, gdyby zamawiający źle odczytał intencje wykonawcy, aby wykonawca mógł wszcząć działania np. wniesienia odwołania na zakwalifikowanie właściwego brzmienia oferty jako omyłki podlegającej poprawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Jednocześnie skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że w rozpoznawanym przypadku nie miała miejsca sytuacja normowana w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który brzmi »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«, gdyż wpisanie dodatkowej kwoty przez wykonawcę w ofercie nie powodowało »niezgodności oferty ze specyfikacją«.

Tym bardziej tak powinien postąpić zamawiający (wszcząć procedurę określoną w art. 87 ust. 1 pkt 1 Pzp), bo dysponował wyjaśnieniami odwołującego z 15.05.2014 r. znak

DKK/021/2014/AG, gdzie odwołujący potwierdził znaczenie kwot 2200 i 440 zł [dokument 115 w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego do Izby].

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że odwołanie jest zasadne i zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 [Pzp]». Tym samym zostało wykazane naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż zamawiający w stosunku do odwołującego nie zastosował się do obowiązujących przepisów.

W związku z wyżej przedstawioną argumentacją skład orzekający Izby stwierdza, że nie może przychylić się do zarzutu piątego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Umieszczenie w ofercie nadmiarowej kwoty 1320 nie wpływa na ofertę w sposób powodujący niezgodność oferty ze specyfikacją, dlatego odwołujący nie może wymagać od zamawiającego poprawienia (wykreślenia) tej kwoty z oferty, gdyż – tak z omawianą kwotą, jak i bez niej – oferta spełnia wymagania zamawiającego postawione w specyfikacji.

W ocenie składu orzekającego Izby, czwarty zarzut naruszenia art. 14 Pzp w związku z art. 65 Kc – przez jego nienależyte zastosowanie i przyjęcie, że w złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach, odwołujący dokonał zmiany treści oświadczenia woli złożonego w ofercie, co w konsekwencji uniemożliwiało skorzystanie przez zamawiającego z uprawnień wynikających z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jak również stanowiło podstawę do odrzucenia oferty odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający zażądał od wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, a odczytując odpowiedź odwołującego zamawiający uznał, że jej uwzględnienie w trakcie badania i oceny ofert byłoby przyjęte jako bezprawne negocjacje z wykonawcą, do których zamawiający nie jest uprawniony zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp, który to przepis brzmi: »Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem [art. 87] ust. 1a i 2 [Pzp], dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«.

W związku z takim brzmieniem przepisu zamawiający uznając, że uwzględnienie odpowiedzi powodowałoby niedozwolone prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty powinien pominąć tę odpowiedź podczas dalszych swoich czynności. Natomiast treść samej oferty jest wystarczająca do dokonania jej oceny i

dlatego zamawiający nie powinien odrzucać oferty, ale poddać ją ocenie na równi z pozostałymi ofertami.

Tym niemniej zamawiający nie jest obowiązany do poprawy oferty zgodnie z unormowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co zostało wymienione wyżej.

W ocenie składu orzekającego Izby, drugi zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy ING, jako oferty najkorzystniejszej – nie może zostać uwzględniony.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp w przypadku, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, a tak jest w rozpoznawanym przypadku, na wybór innej oferty nie przysługuje odwołanie. Art. 180 ust. 2 Pzp brzmi: »Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego«.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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:

.....