

WYROK

z dnia 27 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 marca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 16 marca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: „**Weathford Poland**” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego *na zawarcie umowy wykonawczej na wykonanie pomiarów geofizycznych, pionowego profilowania sejsmicznego wraz z kompleksową interpretacją, analizą i dokumentacją oraz na wykonanie perforacji w otworze wiertniczym B21-3* (nr postępowania FH/ZP-3/2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Lotos Petrobaltic S.A. z siedzibą w Gdańsku**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – „Weathford Poland” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – „Weathford Poland” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2.** zasądza od **odwołującego – „Weathford Poland” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **zamawiającego – Lotos Petrobaltic S.A. z siedzibą w Gdańsku** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 517/15

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Lotos Petrobaltic S.A. z siedzibą w Gdańsku prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego *na zawarcie umowy wykonawczej na wykonanie pomiarów geofizycznych, pionowego profilowania sejsmicznego wraz z kompleksową interpretacją, analizą i dokumentacją oraz na wykonanie perforacji w otworze wiertniczym B21-3* (nr postępowania FH/ZP-3/2015). Jest to zamówienie, którego przedmiot jest objęty umową ramową zawartą z wykonawcami po przeprowadzeniu postępowania *na zawarcie umowy ramowej lub umów ramowych na wykonanie pomiarów geofizycznych, pionowego profilowania sejsmicznego, profilowania ciśnień z poborem prób mediów złożowych i badaniem laboratoryjnym prób PVT wraz z kompleksową interpretacją, analizą i dokumentacją oraz na wykonanie perforacji w otworach wiertniczych na okres 2 lat* (nr postępowania FH/ZP-18/2014).

Ogłoszenie o zamówieniu wszczynające postępowanie o zawarcie umowy ramowej w trybie przetargu nieograniczonego zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 września 2014 r. nr 2014/S_177-313636.

Wartość umowy ramowej, jak i wartość zamówienia objętego aktualnie prowadzonym postępowaniem przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

6 marca 2015 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – „Weatford Poland” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty złożonej na zadanie nr 1.

16 marca 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 101 ust. 3 oraz 91 ust. 1 – przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego dla zadania nr 1 jako niezgodnej z ustawą i zaniechanie jej wyboru.

{ewentualnie}

2. Art. 87 ust. 2 – przez zaniechanie dokonania poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, odrzucenie oferty Odwołującego dla zadania nr 1 i zaniechanie jej wyboru.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia badania i oceny ofert dla zadania 1.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego dla zadania 1.
3. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 1.
4. Dokonania powtórnego badania i oceny ofert dla zadania 1, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
5. Dokonania wyboru oferty Odwołującego dla zadania 1.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad zarzutu nr 1}

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z otrzymanym zawiadomieniem jego oferta na zadanie 1 została odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 101 ust. 3 pzp jako niezgodna z ustawą, gdyż była mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej w przypadku ceny za interpretację telewizora akustycznego.

Odwołujący zarzucił, że powyższa decyzja wynika z błędnej oceny oferty i błędnej interpretacji art. 101 ust. 3 pzp.

Odwołujący wskazał, że według art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Z kolei zgodnie art. 101 ust. 3 pzp oferta składana w wyniku zaproszenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej.

Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej FH/ZP-18/2014 zaferowano cenę 3.163.467,50 zł, natomiast w postępowaniu na zawarcie umowy wykonawczej FH/ZP-3/2015 zaferowano cenę 922.143,98 zł. Według Odwołującego porównanie powyższych kwot, przy jedynym kryterium oceny ofert – cenie, musi prowadzić do wniosku, że oferta na zawarcie umowy wykonawczej jest znacznie korzystniejsza od oferty na zawarcie umowy ramowej.

Następnie Odwołujący wskazał, że stosownie do art. 2 pkt 5 pzp najkorzystniejsza oferta to oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Z kolei zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wywiódł, że ustalenie, czy dana oferta jest mniej korzystna od oferty

złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej powinno być dokonywane w oparciu o kryteria oceny ofert obowiązujące przy zawarciu umowy ramowej oraz w postępowaniu na zawarcie umowy, przy czym porównanie ofert jest możliwe wyłącznie przy zastosowaniu tych samych kryteriów ich oceny.

Odwołujący zauważył, że w tym przypadku w obu postępowaniach zastosowano te same kryteria oceny ofert, jak również taki sam opis przedmiotu zamówienia. Odwołujący podał, że zgodnie z obiema specyfikacjami istotnych warunków zamówienia {dalej w skrócie: „SIWZ”, „s.i.w.z.” lub „specyfikacja”} zadanie 1 polega na wykonaniu pomiarów geofizycznych na kablu geofizycznym w otworach pionowych i kierunkowych do 45 stopni krzywizny oraz kompleksowej ich interpretacji i dokumentacji.

Odwołujący stwierdził, że w obu postępowaniach zastosowano to samo jedyne kryterium oceny ofert – cenę, przy czym istotne jest, że chodzi tu o cenę całego zadania. Odwołujący zacytował postanowienie z SIWZ na umowę wykonawczą {*Zamawiający dokona wyboru najkorzystniejszej oferty dla każdego z 2 zadań osobno, w oparciu o następujące kryterium i jego wagę: Cena waga 100%*}, wskazując, że analogiczne kryterium przyjęto w SIWZ na umowę ramową. Odwołujący podkreślił, że ocena ofert była dokonywana w oparciu o cenę całego zadania określoną w formularzu ofertowym, a nie ceny jednostkowe podawane w formularzu cenowym, który stanowił załącznik do formularza ofertowego.

Powyższe doprowadziło odwołującego do konkluzji, że oferta mniej korzystna to oferta z ceną wyższą od tej, którą zaoferowano w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej, a zatem ich porównanie {kwot wskazanych powyżej} wskazuje, że oferta na zawarcie umowy wykonawczej jest znacznie korzystniejsza od oferty na zawarcie umowy ramowej.

Natomiast zdaniem Odwołującego bez znaczenia jest fakt, że w przypadku jednej ceny jednostkowej (za interpretację telewizora akustycznego) oferta na zawarcie umowy wykonawczej zawiera wyższą cenę jednostkową niż oferta na zawarcie umowy ramowej. Wszystkie pozostałe ceny jednostkowe zostały bowiem obniżone, co doprowadziło do obniżenia ceny oferty.

Odwołujący powołał się również na to, że pojęcie ceny zostało zdefiniowane w treści obu specyfikacji jako cena w rozumieniu nieobowiązującej już ustawy o cenach. Zgodnie z tymi przepisami cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę.

Zdaniem Odwołującego również z powyższego wynika, że cena w rozumieniu kryteriów oceny ofert to cena za usługę rozumiana jako całe zadanie, a nie ceny jednostkowe za poszczególne czynności, które nie były oceniane przy wyborze oferty na zawarcie umowy ramowej i nie powinny być oceniane w postępowaniu na zawarcie

umowy wykonawczej. Według Odwołującego takie rozumowanie jest tym bardziej uzasadnione, że ustawa o cenach zawierała również definicję ceny jednostkowej towaru (usługi) rozumianą jako cenę ustaloną za jednostkę określonego towaru (usługi). Tymczasem zgodnie z treścią obu SIWZ kryterium oceny ofert była cena za zadanie.

Odwołujący ocenił, że *w kontekście powyższego za bezskuteczne należy uznać postanowienie V.4.2 SIWZ FH/ZP-3/2015 {Ceny (stawki) podane w ofercie nie mogą być wyższe niż ceny (stawki) określone w umowie ramowej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.}*

Odwołujący podniósł, że SIWZ nie zawiera definicji pojęcia „ceny (stawki)”. W opinii Odwołującego z pewnością pojęcie to nie może być rozumiane jako cena jednostkowa, gdyż zgodnie z powszechnie przyjętymi zasadami interpretacji wszelkich aktów normatywnych, niezasadne jest nadawanie różnych nazw tym samym pojęciom. Co więcej, także w formularzu cenowym Zamawiający konsekwentnie używa pojęcia ceny jednostkowej, a nie „ceny (stawki)”. Zdaniem Odwołującego należy zatem uznać, że ceny jednostkowe podawane w formularzu cenowym nie są tożsame z pojęciem „ceny (stawki)” użytym w postanowieniu V.4.2 SIWZ.

Odwołujący wyraził przypuszczenie, że być może przez „ceny (stawki)” można rozumieć kwoty podawane w wierszu „Total” poszczególnych tabel. Jednakże zastrzegł, że nie ma to znaczenia, gdyż kwoty w tym wierszu podane w ofercie na umowę wykonawczą w każdej tabeli były niższe niż te podane w ofercie na zawarcie umowy ramowej.

Zdaniem Odwołującego ponieważ Zamawiający definiując cenę odwołał się do ustawy o cenach, *gdyby więc pojęcie „Ceny (stawki)” miało mieć znaczenie ceny jednostkowej, wyraźnie by to zaznaczono odwołując się do tej ustawy.*

Ponadto Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej rozbieżności i nieścisłości SIWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy.

{ad zarzutu nr 2}

Odwołujący podniósł – jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 – zarzut zaniechania poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ niepowodującej istotnej zmiany w treści ofert.

Odwołujący stwierdził, że gdyby przyjąć, że żadna z cen jednostkowych zawartych w ofercie na umowę wykonawczą nie mogła być wyższa od cen jednostkowych zawartych w ofercie na umowę ramową – z czym, jak ponownie zastrzegł, się nie zgadza, a co rozważa jedynie z ostrożności procesowej – cena jednostkowa za interpretację telewizora akustycznego powinna zostać przez Zamawiającego skorygowana.

Według Odwołującego przyjęcie powyższego musi wynikać z uprzedniego

stwierdzenia, że wymóg taki był zawarty w SIWZ postępowania FH/ZP-3/2015. Z kolei podanie jednej ceny jednostkowej wyższej stanowiłoby niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ (a nie z ustawą pzp) niepowodującą istotnej zmiany w treści ofert, gdyż skorygowanie ceny jednostkowej za interpretację telewizora akustycznego wpłynęłoby nieznacznie na cenę oferty i w ogóle by nie wpłynęło na pozycję oferty w rankingu.

Odwołujący sprecyzował, że skorygowanie powinno polegać na wpisaniu ceny jednostkowej w wysokości podanej w ofercie na zawarcie umowy ramowej, gdyż takie działanie przywracałoby zgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Pismem z 18 marca 2015 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 16 marca 2015 r. przesłał kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu.

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

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

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

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zdaniem Zamawiającego w obu postępowaniach ocenie podlegały ceny jednostkowe. Zamawiający wskazał na § 5 ust. 1 umowy ramowej, z którego ma wynikać, że wynagrodzenie w ramach umów wykonawczych będzie oparte na cenach jednostkowych zawartych w ofercie, które nie mogą być wyższe niż ceny jednostkowe w umowie ramowej. Zamawiający dodał, że w obu postępowaniach występują ceny jednostkowe, które są przemnażane przez określone wielkości. Przy czym na etapie umowy ramowej wielkości te zostały z grubsza określone, gdyż Zamawiający nie był w stanie dokładnie określić ile będzie potrzebował poszczególnych badań. Przedmiotem umowy ramowej było ustalenie stawek (cen jednostkowych) za poszczególne badania. Przy czym w przypadku większości badań chodzi o stawkę za 1 m. Rozliczenie umowy wykonawczej będzie następowało wg cen jednostkowych i ilości faktycznie wykonanych badań, co ma wynikać również z pkt III.1

istotnych postanowień umowy wykonawczej. Nie było natomiast ceny ryczałtowej za określony typ badań czy grupę badań. Cena za zadanie (cena oferty) była potrzebna jedynie dla celów porównania ofert poszczególnych wykonawców. Nie była ceną ryczałtową stanowiącą górną granicę zobowiązania zamawiającego wobec wykonawcy. Wobec tego według Zamawiającego podwyższenie ceny jednostkowej było niezgodnością nie tylko ze specyfikacją, lecz także stanowiło naruszenie art. 101 ust. 3 pzp.

Z tego względu zdaniem Zamawiającego, wbrew stanowisku odwołującego, nie podlega to poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pzp, gdyż nie może to dotyczyć niezgodności z ustawą pzp.

Zamawiający powołał się również na orzeczenie w sprawie o sygn. KIO 453/14, które w jego ocenie dotyczyło podobnego stanu faktycznego.

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:

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

W s.i.w.z. na zawarcie umowy ramowej {dalej również: „s.i.w.z. nr 1”} wskazano, że: *przedmiotem postępowania jest zawarcie umowy ramowej lub umów ramowych (w przypadku wyłonienia większej liczby wykonawców na poszczególne zadania) na usługi polegające na wykonywaniu poszczególnych zadań, każde zadanie może być wykonane osobno przez inną firmę* {pkt 2 rozdziału I informacje wprowadzające; podobnie pkt 1 rozdziału II – opis przedmiotu zamówienia}.

W s.i.w.z. aktualnie udzielanego zamówienia {dalej również: „s.i.w.z. nr 2”} wskazano, że *przedmiotem postępowania jest zawarcie umowy wykonawczej na wykonaniu poszczególnych poniższych zadań, każde zadanie może być wykonane osobno przez inną firmę* {pkt 2 rozdziału I – informacje wprowadzające; analogicznie pkt 1 rozdziału II – opis przedmiotu zamówienia}.

Zadanie 1 – zarówno w postępowaniu dotyczącym zawarcia umowy ramowej, jak i w postępowaniu dotyczącym udzielenia zamówienia – dotyczy pomiarów geofizycznych na kablu geofizycznym w otworach pionowych i kierunkowych do 45 stopni krzywizny oraz kompleksową ich interpretację i dokumentację {pkt 1.1 obu s.i.w.z.}. Przy czym interpretacja i dokumentacja będzie obejmować trzy fazy: interpretację typu Quick Look, interwałowe orzeczenie geofizyczne oraz wstępną interpretację, końcową interpretację i dokumentację.

W skład drugiej fazy wchodzi między innymi interpretacja obrazowania ścian otworu skanerem akustycznym {pkt 1.1.1 obu s.i.w.z.}.

W obu s.i.w.z. zastrzeżono, że usługa ma być wykonana zgodnie ze specyfikacją techniczną opisaną w załączniku nr 1 do s.i.w.z. {odpowiednio pkt 1.8 s.i.w.z. nr 1 i pkt 1.4 s.i.w.z. nr 2}. Wyszczególniono w nich rodzaje badań i interpretacji, a dla badań podano przewidywane ilości.

Szczegółowo zakresy ilościowe poszczególnych rodzajów badań i interpretacji do wyceny przez wykonawców podano w formularzach cenowych stanowiących załączniki do formularzy oferty, które z kolei stanowią załączniki nr 2 do poszczególnych s.i.w.z. Oba załączniki cenowe zawierają tabele, z których trzy pierwsze wyszczególniają rodzaje badań odrębnie dla trzech średnic otworów – tabele oznaczone jako 1A, 1B i 1 C. Tabele 1D dotyczą wyceny kosztów mobilizacji i pozostawiania w gotowości personelu i sprzętu, a także wynajmu sprzętu w razie niezrealizowania przedmiotu zamówienia z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Tabele 1E dotyczą interpretacji badań i wyszczególniają 9 pozycji – interpretację typu Quick Look, następnie 7 rodzajów interpretacji wchodzących w skład tzw. orzeczenia interwałowego (w tym jako czwarty rodzaj – interpretację telewizora akustycznego), a ostatnią pozycją dotyczy wyceny dokumentacji końcowej obejmującej wszystkie interwały pomiarowe wraz z ich ostateczną interpretacją. W każdej z tabel dla danego rodzaju badania lub interpretacji przewidziano miejsce na podanie stawki dla danej jednostki miary (określonej mianem „ceny jednostkowej”) oraz wyniku jej przemnożenia przez ilość, czyli wartości (określanej mianem „ceny całkowitej”). Przewidziano również miejsce na wpisanie wyniku sumowania wartości łącznej wszystkich pozycji danej tabeli (rubryka „Kwota” w obu formularzach oraz dodatkowo rubryka „Razem” w formularzu cenowym s.i.w.z. nr 2). Z kolei wynik sumowania tych kwot dawał cenę oferty (określanej mianem „łącznego kosztu”).

Z porównania załączników nr 1 i formularzy cenowych załączonych do obu s.i.w.z. wynika, że przedmiot zamówienia uległ generalnej zmianie polegającej na sprecyzowaniu, że usługi objęte przedmiotem zamówienia będą wykonywane dla konkretnego otworu wiertniczego – B21-3. Zmieniono również ilości zamawianych badań poszczególnych rodzajów, w większości przypadków zmniejszając je. Ponadto w tabeli 1C usunięto pkt 13 składający się z 3 pozycji.

W rozdziałach s.i.w.z. zatytułowanych *Opis sposobu przygotowania oferty* {odpowiednio rozdziały VI s.i.w.z. nr 1 i IV s.i.w.z. nr 2} określono, że na ofertę składają się: po pierwsze – *wypełniony i podpisany Formularz Oferty z wykorzystaniem wzoru – Załącznik nr 2 do SIWZ wraz z załącznikami;* po drugie – *wypełniony Formularz Cenowy* –

na druku zgodnym z Załącznikiem nr 1 do Formularza Oferty.

W rozdziałach pn. *Kryteria oceny ofert i opis sposobu obliczenia ceny* {odpowiednio rozdziały VII s.i.w.z. nr 1 i V s.i.w.z. nr 2} wskazano {pkt 1 - 3}, że podstawą wyboru najkorzystniejszej oferty dla danego zadania będzie najniższa cena oferty {*Maksymalną liczbę punktów (100) otrzyma oferta z najniższą oferowaną ceną*}.

W ramach sposobu obliczenia ceny oferty {pkt 4} w obu s.i.w.z. wskazano, że:

- *Wykonawca obliczy cenę w oparciu o Formularz Cenowy stanowiący Załącznik nr 1 do Formularza Oferty. Przedstawione ceny w Formularzu Cenowym za wykonanie pomiarów zawierają wszystkie koszty wykonawcy, w tym koszty wykonania pomiaru, pracy personelu oraz koszty użycia sprzętu* {pkt 4.1}.
- *Wykonawca zobowiązany jest do podania ceny uwzględniającej wszelkie koszty Wykonawcy niezbędne do zrealizowania umowy* {odpowiednio pkt 4.2 i 4.3}.

Dodatkowo w ramach sposobu obliczenia ceny oferty w s.i.w.z. nr 2 zastrzeżono, co następuje: *Ceny (stawki) podane w ofercie nie mogą być wyższe niż ceny (stawki) określone w umowie ramowej pomiędzy zamawiającym w wykonawcą* {pkt 4.2}.

W rozdziale I obu s.i.w.z. zawarto pkt 7 *Definicje i interpretacje*, gdzie w lit. f) zdefiniowano, że *cena: oznacza cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 0.5.07.2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.)*.

Na wstępie tego punktu zamieszczono następującą uwagę: *W SIWZ oraz we wszystkich dokumentach z nią związanych (jak niżej określono) następujące słowa i zwroty powinny mieć znaczenie, zgodnie z niniejszymi objaśnieniami, z wyjątkiem przypadków kiedy kontekst wymaga inaczej*.

W umowie ramowej nr FH/ZP-18/2014/I zawartej 23 stycznia 2015 r. pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym {„Wykonawca”} strony tej umowy, wyłącznie dla potrzeb jej interpretacji, ustaliły m.in. znaczenie następujących pojęć {w części pn. *Definicje*}:

a) *Oferta – oferta Wykonawcy z dnia 27.10.2014 roku wraz z towarzyszącymi do niej wyjaśnieniami z dnia 13.11.2014 roku w przetargu nr FH/ZP-18/2014 – Załącznik nr 1 do Umowy;*

b) *Oferta wykonawcza – oferta Wykonawcy złożona w wyniku zaproszenia do składania ofert lub w wyniku negocjacji nie może być mniej korzystna od Oferty złożonej przez Wykonawcę w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia niniejszej Umowy ramowej. Oferta wykonawcza złożona w celu wyłonienia Wykonawcy do podpisania Umowy wykonawczej będzie traktowana jako nie mniej korzystna, jeżeli cena (stawka) podana w ofercie na zawarcie Umowy wykonawczej nie będzie wyższa od ceny (stawki) podanej w ofercie na zawarcie Umowy ramowej;*

Zamawiający wybierając Ofertę najkorzystniejszą spośród ofert złożonych przez Wykonawców, bierze pod uwagę całkowitą cenę brutto oferowaną za wykonanie danej Usługi, będącą iloczynem oferowanych cen (stawek) oraz wskazanego zakresu usług.

W § 5 Cena i warunki płatności znajdują się m.in. następujące postanowienia:

- 1. Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy wykonawczej będzie oparte na cenach (stawkach) wskazanych w Umowie wykonawczej, nie wyższych niż określone w Ofercie Wykonawcy stanowiącej załącznik nr 1 do Umowy, i zostanie określone każdorazowo w Umowie wykonawczej.*
- 2. W związku z art. 28e ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku VAT usługi będące Przedmiotem Umowy, określonym w § 1 Umowy, są związane z nieruchomością górnica położoną poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nie są objęte obowiązkiem podatkowym od towarów i usług.*
- 3. Płatność za wykonanie przedmiotu Umowy odnosi się do stawek, które zostały zapisane w Formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik do SIWZ oraz w Ofercie. Żadne inne dodatkowe stawki bądź koszty nie będą miały zastosowania.*
- 4. Ceny i stawki podane w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik do SIWZ oraz w Ofercie są stałe i będą obowiązywać przez cały okres realizacji Umowy.*
- 5. Podstawą do rozliczenia i wystawienia faktur będą potwierdzone przez przedstawiciela Zamawiającego w poszczególnym protokole z wykonania prac:*
 - faktycznej liczby godzin trwania mobilizacji i demobilizacji pracowników oraz niezbędnego sprzętu Wykonawcy użytego w związku z wykonywaniem pomiarów w otworze,*
 - faktycznej liczby dni wykonywania pomiarów, postojów oraz ilości pracowników i użytego sprzętu przez Wykonawcę,*
 - wykonania interpretacji oraz końcowych dokumentacji dla poszczególnych otworów.*

(...)

{Powyżej przywołane postanowienia zostały uprzednio zamieszczone wśród istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 2 do formularza ofertowego.}

W Istotnych postanowieniach umowy wykonawczej (stanowiących załącznik nr 2 do formularza oferty) w pkt III. Cena i warunki płatności znajdują się m.in. następujące postanowienia:

- 1. Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy wykonawczej będzie oparte na cenach (stawkach) wskazanych w Ofercie wykonawczej, nie wyższych niż określone w ofercie Wykonawcy złożonej w postępowaniu na Umowę ramową.*
- 2. Szacunkowe wynagrodzenie za wykonanie Umowy wynosi... Zgodnie ze złożoną ofertą.*
- 3. Ceny i stawki podane w Formularzu cenowym są stałe i będą obowiązywać przez cały*

okres realizacji umowy.

4. {identyczna treść jak § 5 ust. 5 umowy ramowej}

W załączniku nr 2 do s.i.w.z. nr 2 – formularzu oferty, po miejscu na podanie ceny całkowitej dla zadania, zamieszczono następujące uwagi:

Zgodnie z wielkościami wymienionymi w Formularzu Cenowym – Załącznik nr 1 do Formularza Oferty.

Przy czym oświadczamy, iż składana Oferta i stawki w Formularzu Cenowym nie są wyższe niż wskazane w podpisanej Umowie ramowej w przeprowadzonym postępowaniu FH/ZP-18/2014.

W ofercie złożonej w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej, w tabeli 1E formularza cenowego, w wierszu 4. *Ultrasonic Imager – Interpretacja telewizora akustycznego* Odwołujący wycenił łącznie 300 m na kwotę 14.400,00 zł, określając cenę jednostkową za metr na 48,00 zł.

W ofercie złożonej w na zawarcie umowy wykonawczej, w tabeli 1E formularza cenowego, w wierszu 4. *Ultrasonic Imager – Interpretacja telewizora akustycznego* Odwołujący wycenił łącznie 137 m na kwotę 8.458,38 zł, określając cenę jednostkową za metr na 61,74 zł.

W formularzu oferty Odwołujący złożył oświadczenie, iż składana Oferta i stawki w Formularzu Cenowym nie są wyższe niż wskazane w podpisanej Umowie ramowej w przeprowadzonym postępowaniu FH/ZP-18/2014.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że 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 wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z najniższą ceną, która stanowi jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba stwierdziła, że dokonane przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1

pzp w zw. z art. 101 ust. 3 pzp odrzucenie oferty Odwołującego – z uwagi na jej sprzeczność z ustawą pzp, polegającą na tym, że oferta złożona w tym postępowaniu jest mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej w przypadku ceny jednostkowej za interpretację telewizora akustycznego – było uzasadnione w powyżej ustalonych okolicznościach sprawy.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp zamawiając odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą {pzp}. Art. 101 ust. 3 ustawy pzp stanowi, że oferta składana w wyniku zaproszenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. {W art. 101 ust. 1 pkt 2 pzp chodzi o zaproszenie kierowane w celu udzielenia zamówienia do wykonawców, z którymi zamawiający zawarł umowę ramową.}

Z ofertą niezgodną z ustawą pzp – jak słusznie wskazuje doktryna prawa zamówień publicznych – mamy do czynienia przede wszystkim wówczas, gdy narusza ona przepisy ustawy pzp adresowane do wykonawców, nie zaś do zamawiających. Niewątpliwie adresatem normy art. 101 ust. 3 pzp jest wykonawca, gdyż to on składa ofertę w odpowiedzi na zaproszenie zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby punktem wyjścia dla interpretacji art. 101 ust. 3 pzp jest zawarta w art. 2 pkt 9a pzp definicja umowy ramowej. Zgodnie z nią przez umowę ramową należy rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. Wynika z tego, że ustalone w umowie ramowej warunki realizacji zamówień, które mają być udzielone w przyszłości, takie jak np. cena, należą do przedmiotowo istotnych przedmiotowo elementów treści tej umowy. Dalsze przepisy ustawy pzp dotyczące umowy ramowej wprowadzają regułę, że raz ustalone w niej warunki realizacji przyszłych zamówień nie mogą ulec pogorszeniu na etapie udzielania konkretnych zamówień. I tak w odniesieniu do umowy ramowej zawartej z jednym wykonawcą w art. 101 ust. 1 pkt 1 pzp wprost wskazano, że zamówienie nie może być udzielone na warunkach mniej korzystnych niż określone w umowie ramowej. Z kolei przy umowie ramowej zawartej z wieloma wykonawcami art. 101 ust. 3 pzp zastrzega, że oferta składana przez wykonawcę nie może być mniej korzystna od oferty złożonej przez niego uprzednio w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. Zdaniem składu orzekającego Izby również w tym drugim przypadku celem zakazu jest uniemożliwienie udzielenia zamówienia na mniej korzystnych warunkach niż ustalone uprzednio w umowie ramowej.

Przenosząc powyższe na grunt tej sprawy należy stwierdzić, że na mocy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym umowy ramowej określone w ofercie pierwotnej

ceny jednostkowe za wykonanie poszczególnych rodzajów badań i interpretacji, czyli stawki podane w formularzu cenowym nie mogły ulec podwyższeniu na etapie składania oferty ostatecznej. Zamawiający wprowadził w s.i.w.z. na zawarcie umowy ramowej taki warunek dla zamówień udzielanych w okresie jej obowiązywania, co nie zostało zakwestionowane przez żadnego z wykonawców. Warunek ten został wielokrotnie wyrażony w s.i.w.z. na zawarcie umowy ramowej, a następnie potwierdzony w s.i.w.z. na zawarcie umowy wykonawczej. Z kolei Odwołujący składając ofertę wstępną, a następnie podpisując umowę ramową, zgodził się na to, aby ceny jednostkowe nie ulegały podwyższeniu przy udzielaniu konkretnych zamówień (tzw. zamówień częściowych). Skoro Odwołujący w ofercie ostatecznej podwyższył cenę jednostkową za interpretację telewizora akustycznego w stosunku do uprzednio złożonej oferty, zaoferował w tym zakresie mniej korzystne warunki niż ustalone w umowie ramowej, a tym samym naruszył art. 101 ust. 3 pzp.

Skład orzekający Izby zważył, że powyższa reguła znajduje uzasadnienie w przyjętych przez Zamawiającego założeniach. Zamawiający nie był w stanie na etapie umowy ramowej precyzyjnie przewidzieć zakresu ilościowego poszczególnych rodzajów badań i interpretacji. Stąd mogło mu zależeć, aby niezależnie od korekt przedmiotu zamówienia na etapie udzielania zamówienia, zagwarantować sobie w umowie ramowej nieprzekraczalną wysokość stawek za każdy rodzaj badań i interpretacji. Konsekwentnie Zamawiający przewidział już na etapie postępowania na zawarcie umowy ramowej kosztorysowe wynagrodzenie za realizację udzielonych zamówień, czyli za faktycznie wykonane badania i interpretacje według cen jednostkowych, które nie mogły być wyższe niż w umowie ramowej.

Zdaniem składu orzekającego w okolicznościach sprawy nie znajduje uzasadnienia stanowisko Odwołującego, jakoby podwyższenie jednej ceny jednostkowej nie miało znaczenia, gdyż dla całego zadania oferta finalna jest korzystniejsza od oferty pierwotnej w świetle obowiązującego na obu etapach procedury kryterium cenowego. Odwołujący sam na rozprawie dowiódł, że zaprezentowane w odwołaniu zestawienie cen jego ofert złożonych na różnych etapach, acz efektowne, jest zupełnie nieadekwatne, gdyż umowa ramowa i udzielane zamówienie nie dotyczą tożsamego zadania. Na rozprawie okazało się, że wykazanie tego, co według odwołania miało być oczywiste, wymaga przeprowadzenia symulacji, przy czym możliwe są tu różne warianty. W przekonaniu składu orzekającego Izby nie ma znaczenia, że w każdym z nich sprowadzone do takiego samego zakresu rzeczowego hipotetyczne zadanie okazuje się być łącznie tańsze według cen jednostkowych z oferty wykonawczej. Odwołujący wykazał nieporównywalność ofert, skoro ich korzystność można stwierdzić jedynie przez pryzmat podanych w nich cen jednostkowych. Natomiast podwyższenie choćby jednej ceny jednostkowej oznaczało zaoferowanie realizacji usługi

na mniej korzystnych warunkach niż ustalone wiążąco w umowie ramowej.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu alternatywnego zarzutu, skład orzekający Izby podziela wyrażone w uzasadnieniu wyroku Izby z 24 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 453/14) stanowisko, że tryb przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie znajduje zastosowania w odniesieniu do niezgodności oferty z ustawą pzp. Obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp nie doznaje wyjątku, jak w przypadku niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, gdyż jedynie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Również z tego ostatniego przepisu wprost wynika, że dotyczy wyłącznie poprawiania w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, a nie z ustawą. Nie ma zatem możliwości poprawienia na tym trybie oferty naruszającej zakaz wynikający z art. 101 ust. 3 pzp, tak aby nie była mniej korzystna niż oferta złożona w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej.

Na marginesie skład orzekający Izby wyraża wątpliwość co do omyłkowego charakteru podwyższenia ceny jednostkowej wbrew regule, którą Odwołujący uznał za nieskuteczną z powodów, które opisał w uzasadnieniu pierwszego zarzutu.

Odwołujący zdaje się również nie dostrzegać, że sugerowana przez niego niezgodność z treścią s.i.w.z. dotyczyłaby nie tylko do s.i.w.z. aktualnie prowadzonego zamówienia, ale i s.i.w.z. na zawarcie umowy ramowej. Przede wszystkim jednak podwyższenie ceny jednostkowej naruszało warunki umowy ramowej zawartej przez Odwołującego z Zamawiającym, co przekreśla możliwość rozpatrywania go wyłącznie w płaszczyźnie niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. aktualnie prowadzonego postępowania.

Z kolei sugerowany przez Odwołującego sposób poprawienia nie jest wcale oczywisty, gdyż z porównania cen jednostkowych w obu jego ofertach wynika, że zmieniał ceny jednostkowe w stosunku do tych z umowy ramowej. Izba nie dostrzega tu wywodzonej na rozprawie przez Odwołującego analogii ze sprawami dotyczącymi poprawiania omyłek w zakresie określenia w ofercie okresu gwarancji niezgodnie z narzuconym przez zamawiającego w s.i.w.z.

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 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania

Sygn. akt KIO 517/15

wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis, a także uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: