

WYROK

z dnia 29 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2015 r. przez Odwołującego – Centrum Rozwoju Administracji sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (70-485), przy ul. Królowej Korony Polskiej 3/2, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Grupa G. – Euroedukacja sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (40-077), przy ul. Matejki 4, TUV Nord Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (40-085), przy ul. Mickiewicza 29, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 - 1.3. dokonanie poprawienia omyłek w treści oferty Odwołującego – „Propozycji organizacji zamówienia” przez:
 - 1.3.1. zmianę terminu na przeprowadzenie audytów w ostatnim okresie rozliczeniowym z 10 dni roboczych na 3 dni robocze od 7 dnia od zakończenia okresu rozliczeniowego,
 - 1.3.2. wykreślenie postanowienia, zgodnie z którym w ostatnim okresie rozliczeniowym Odwołujący przekaze Zamawiającemu raporty z audytów jakościowych,
 - 1.4. dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem poprawionej w sposób określony w pkt 1.3 sentencji orzeczenia oferty Odwołującego

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego – Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Centrum Rozwoju Administracji sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (70-485), przy ul. Królowej Korony Polskiej 3/2 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego – Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa na rzecz Odwołującego – Centrum Rozwoju Administracji sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (70-485), przy ul. Królowej Korony Polskiej 3/2 kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przeprowadzenie audytów weryfikujących w podmiotach realizujących umowy o udzielenie wsparcia na świadczenie usług doradczych w Punktach Konsultacyjnych KSU (PK KSU)”, (znak sprawy: p/155/DRI/2014), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 października 2014 r., pod nr 2014/S 202-357339.

W dniu 8 stycznia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – EPRD Biuro Polityki Gospodarczej i Rozwoju Regionalnego sp. z o.o., BPIC sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Centrum Rozwoju Administracji sp. z o.o. z uwagi na okoliczność, że jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

W dniu 19 stycznia 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wniesione przez ww. wykonawcę, którym zaskarżono:

1. odrzucenie oferty wykonawcy Centrum Rozwoju Administracji sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp bez uprzedniego dokonania w ofercie poprawy omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, m.in. z powodu uznania, że wyjaśnieniami z dnia 17 grudnia 2014 r. Odwołujący dokonał zmiany treści oferty, podczas gdy w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący jedynie potwierdził charakter niezgodności treści złożonej przez siebie i oferty z treścią SIWZ, wskazując że przedmiotowe niezgodności są wynikiem omyłki, a Odwołujący zamierza realizować zamówienie zgodnie z SIWZ,
2. zaniechanie dokonania poprawy w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,
3. wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – EPRD Biuro Polityki Gospodarczej i Rozwoju Regionalnego sp. z o.o., BPIC sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, podczas gdy po dokonaniu w ofercie

Odwołującego poprawy omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp to właśnie jego oferta winna zostać uznana w postępowaniu za najkorzystniejszą.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

1. 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, tj. w szczególności do dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i nie poprawił w ofercie Odwołującego omyłki podlegającej poprawie na zasadach określonych w ww. przepisie,
2. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 65 K.c. przez ich niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że w złożonych w dniu 17 grudnia 2014 r. wyjaśnieniach Odwołujący dokonał niedopuszczalnej zmiany w treści złożonej przez siebie oferty,
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania, podczas gdy Zamawiający na gruncie obowiązujących przepisów winien był dokonać kwalifikacji omyłek dokonanych przez Odwołującego jako innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, a następnie winien dokonać ich poprawienia zgodnie z ww. przepisem,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, pomimo że niezgodności występujące w jego ofercie miały charakter innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, a zatem Zamawiający mógłby odrzucić ofertę Odwołującego dopiero w przypadku gdyby nie wyraził on zgody na poprawienie ww. omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,
5. art. 91 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która w sytuacji, gdyby Zamawiający dokonał poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty Odwołującego, nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu.

W świetle przedstawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnieni odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert,
4. dokonania w ofercie Odwołującego poprawy omyłek polegających na niezgodności

oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,

5. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż złożył ofertę o najniższej cenie oraz zawierającą „Propozycję realizacji zamówienia”, która uwzględnia wszystkie żądane przez Zamawiającego elementy. Ponadto, Odwołujący kwestionuje odrzucenie złożonej przez siebie oferty, jest zainteresowany dalszym udziałem w Postępowaniu, ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśnił, że w opisie przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) oraz we wzorze umowy (odpowiednio: załącznik nr 1 oraz nr 8 do SIWZ) Zamawiający wskazał, że do obowiązków wykonawcy należeć będzie m.in. wykonanie nie więcej niż 42 audytów jakościowych i finansowych realizowanych łącznie oraz 126 audytów finansowych. Jednocześnie Zamawiający założył, że audyty jakościowe będą realizowane wraz z pierwszymi audytami finansowymi (pkt 4 OPZ, § 2 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy), natomiast audyty finansowe realizowane będą po zakończeniu każdego okresu rozliczeniowego. Dodatkowo, w § 3 i 4 wzoru umowy, Zamawiający zawarł zastrzeżenie, zgodnie z którym:

„[...]3. Audyty będą przeprowadzane na terenie całego kraju w siedzibie lub miejscu realizacji każdej umowy z PW w terminie maksymalnie 10 dni roboczych od 7 dnia od zakończenia okresu rozliczeniowego, z zastrzeżeniem ust. 4 i 5, przy czym:

- 1) audyt jakościowy jest przeprowadzany co najmniej jeden raz w stosunku do każdego PW po zakończeniu pierwszego okresu rozliczeniowego;
- 2) audyt finansowy jest przeprowadzany po każdym okresie rozliczeniowym objętym umową o udzielenie wsparcia zawartą z PW.

4. Audyty ostatniego okresu rozliczeniowego będą przeprowadzone na terenie całego kraju w siedzibie lub miejscu realizacji każdej umowy z PW w terminie maksymalnie 3 dni roboczych od 7 dnia od zakończenia okresu rozliczeniowego.[...]”.

Odwołujący podał, że zgodnie z § 10 pkt 6 SIWZ, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani byli podać w ofercie propozycje organizacji zamówienia, które to stanowić miały podstawę przyznania punktów w jednym z kryterium oceny ofert, tj. w kryterium „Propozycja organizacji zamówienia”.

W złożonej ofercie Odwołujący, w pkt 2 i 4 formularza ofertowego, wyraźnie wskazał, że zapoznał się z SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń, a ponadto oświadczył, iż akceptuje zawarty w SIWZ projekt umowy i zobowiązuje się, w przypadku wybrania jego oferty,

do zawarcia umowy wg wzoru określonego w załączniku 8 do SIWZ. Na skutek niezamierzonej omyłki w „Propozycji organizacji zamówienia” Odwołujący, w części dotyczącej organizacji audytów z ostatniego okresu rozliczeniowego, wskazał, że audyty z tego okresu zostaną przeprowadzone w terminie 10 dni roboczych od 7 dnia od zakończenia okresu rozliczeniowego (zamiast wymaganych 3 dni roboczych od 7 dnia od zakończenia okresu rozliczeniowego) oraz, że po zakończeniu czynności audytowych, w terminie 10 dni roboczych od zakończenia jednostkowego audytu, zostaną przekazane raporty z audytów jakościowych, choć Zamawiający nie założył realizacji audytów jakościowych w ostatnim okresie rozliczeniowym.

Następnie Odwołujący podał, że w dniu 15 grudnia 2014 r. Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. Pzp, skierował do niego wezwanie do wyjaśnienia treści oferty podnosząc, iż pomimo wymogów SIWZ, Odwołujący w ofercie wskazał, że audyty z ostatniego okresu rozliczeniowego zostaną przeprowadzone w terminie 10 dni roboczych od 7 dnia od zakończenia okresu rozliczeniowego. Ponadto, powołując się na treść oferty, zgodnie z którą Odwołujący założył przekazanie, w ramach ostatniego okresu rozliczeniowego, raportów z audytów jakościowych, Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, czy Odwołujący planuje przeprowadzenie audytów jakościowych w ostatnim okresie rozliczeniowym oraz o wskazanie, z czego to podejście wynika.

W wyjaśnieniach złożonych w dniu 17 grudnia 2014 r. Odwołujący wyraźnie stwierdził, iż podniesione przez Zamawiającego rozbieżności pomiędzy treścią oferty, a postanowieniami SIWZ wynikają z niezamierzonej omyłki oraz potwierdził zobowiązanie zawarte w formularzu oferty do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, tj. do przeprowadzenia audytów ostatniego okresu rozliczeniowego w terminie maksymalnie 3 dni roboczych od 7 dnia od zakończenia, okresu rozliczeniowego. Odwołujący wyjaśnił dodatkowo, że zapis, zgodnie z którym raporty z audytów jakościowych zostaną przekazane w terminie 10 dni roboczych od zakończenia jednostkowego audytu dotyczy wyłącznie okresu, w którym będą świadczone usługi audytu jakościowego, potwierdzając jednocześnie, że zgodnie z treścią umowy w ostatnim okresie rozliczeniowym zamierza przeprowadzać wyłącznie audyty finansowe.

Pomimo złożonych wyjaśnień Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego stwierdzając w uzasadnieniu dokonania tej czynności, że propozycja Odwołującego dotycząca organizacji audytów z ostatniego okresu rozliczeniowego przedstawiona w ofercie była niezgodna z SIWZ w zakresie czasu trwania i zakresu. Stwierdził jednocześnie, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, Odwołujący „[...]napisał, że był to wynik omyłki pisarskiej i dokonał zmiany treści oferty, proponując nowe terminy i ograniczając zakres audytów do audytów finansowych[...]”. W dalszej części uzasadnienia Zamawiający szczegółowo omówił niemożność prowadzenia z wykonawcami negocjacji dotyczących treści złożonej oferty,

skupiając się na wykazaniu braku możliwości zakwalifikowania omyłek popełnionych przez Odwołującego w ofercie jako omyłek pisarskich, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Odwołujący wskazał, że art. 87 ust. 1 Pzp wskazuje wprost wyjątki, od wyrażonego w tym przepisie zakazu dokonywania zmian w treści złożonych ofert. Stwierdził ponadto, że art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp zakreślają granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty, opisując jednocześnie zasady rządzące poprawianiem wymienionych w nich omyłek.

Odwołujący oświadczył, że należy oczywiście zgodzić się z Zamawiającym, że omyłki popełnione przez niego nie miały charakteru omyłek pisarskich w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Charakter popełnionej omyłki (o ile mieści się ona w zakresie art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp), a przede wszystkim jej prawidłowa kwalifikacja przez wykonawców, nie ma jednak najmniejszego wpływu na obowiązek zamawiającego polegający na konieczności dokonania kwalifikacji omyłek popełnionych przez wykonawców, a następnie ich poprawienia zgodnie z dyspozycją art. 87 ust 2 Pzp. Odwołujący dodał, że obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowa kwalifikacja stwierdzonych omyłek i podjęcie w związku z nimi określonych działań, nawet jeśli wykonawcy nie sygnalizują takiej potrzeby.

Odwołujący podkreślił, że jeżeli Zamawiający, na podstawie dostępnych informacji, dysponował wystarczającymi danymi, by dokonać korekty w ofercie Odwołującego. Odrzucenie oferty Odwołującego należy uznać za błędne, nie ulega bowiem wątpliwości, że zamawiający musi poprzedzić odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp procedurą, o której mowa w art. 87 Pzp. Zaznaczył również, że celem wprowadzenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp było unikanie konieczności odrzucania ofert z powodu omyłek nieistotnych, które ze względu na ich charakter nie mogły być kwalifikowane jako oczywiste omyłki pisarskie, czy rachunkowe.

Odwołujący zaznaczył także, że poprawienie omyłek może być poprzedzone wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. W jego ocenie zarówno oferty, jak i wyjaśnienia wykonawców złożone w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie z art. 14 Pzp, podlegają wykładni oświadczeń woli prowadzonej zgodnie z art. 65 K.c. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, a nadto – w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Odwołujący stwierdził, że zawarte w uzasadnieniu zaskarżonej czynności stanowisko Zamawiającego stanowi rażące zaprzeczenie regulacji ustawowych, wyrażonych przede wszystkim w art. 87 ust. 1 i 2 oraz 89 Pzp. Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny oferty złożonej przez Odwołującego, tj. oceny uwzględniającej całokształt oświadczeń przez niego

złożonych, przeprowadzonej w kontekście całości postępowania, a także zasad logiki i celowego działania. Sam bowiem fakt ubiegania się Odwołującego o udzielenie zamówienia, a dodatkowo jego oświadczenia zawarte w formularzu ofertowym, w którym deklarował on wyraźnie zamiar realizacji zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, mając na względzie jednoznaczne wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pomimo kilku nieprawidłowości w złożonej ofercie, przesądzały o zamiarze realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ. Ponadto, Zamawiający błędnie uznał najprawdopodobniej, że możliwość dokonania poprawy omyłki w ofercie zależy od jej prawidłowej kwalifikacji prawnej przez wykonawcę, co bynajmniej nie wynika z treści przytoczonych powyżej regulacji, a wręcz stanowi ich zaprzeczenie.

Odwołujący przedstawił również argumentację na poparcie tezy, że poprawienie omówionych omyłek nie wprowadziłoby istotnych zmian w treści jego oferty.

Stwierdził, że pojęcie istotności zmiany treści oferty jest pojęciem nieostrym, dlatego decyzja o poprawieniu w ofercie innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, powinna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem treści konkretnej oferty oraz konsekwencji dokonanych w niej zmian. Podkreślił, że z taką zmianą będziemy mieli do czynienia w sytuacji, w której poprawienie omyłek spowoduje wytworzenie całkowicie nowej treści oferty. Odnosząc powyższe do swojej sytuacji Odwołujący oświadczył, że błędy w jego ofercie mają marginalne znaczenie w kontekście realizacji całego zakresu zamówienia. Przede wszystkim, żadnemu z elementów, odnośnie których Odwołujący popełnił omyłki, Zamawiający nie nadał waloru *essentialia negotii* przyszłej umowy. Poza tym, omyłki znajdujące się w ofercie nie powodują, że zobowiązanie Odwołującego jest całkowicie odmienne od określonego w SIWZ. Niezgodności oferty z SIWZ wynikają ewidentnie z niedopatrzania w jej przygotowaniu, wskutek którego Odwołujący błędnie przekopiował termin mający zastosowanie dla większości etapów rozliczeniowych do opisu ostatniego z tych etapów (dla którego to etapu przewidziano wyjątkowo termin krótszy). Co zaś dotyczy omyłkowego założenia przez Odwołującego, w ostatnim okresie rozliczeniowym, także audytów jakościowych (zamiast wyłącznie – wymaganych przez Zamawiającego – finansowych) należy wskazać, że również ta niedokładność popełniona przez Odwołującego nie powoduje zasadniczej rozbieżności pomiędzy treścią oferty, a treścią SIWZ. Abstrahując nawet od tego, że w ostatnim okresie rozliczeniowym Zamawiający wymagał wyłącznie przeprowadzenia audytów finansowych, dostarczenia raportów z ich przeprowadzenia wraz z wymaganymi certyfikatami (co Odwołujący bezsprzecznie zobowiązał się wykonać), a zakres omyłkowo zaproponowany przez Odwołującego wykraczał poza wymagania Zamawiającego (błędnie uwzględniał bowiem również audyty jakościowe, aczkolwiek bez dodatkowego wynagrodzenia), poprawa tego rodzaju omyłki nie powinna

przesądzać o istotnej zmianie w treści złożonej oferty. Tak jak w przypadku terminu wykonania audytów, podkreślenia wymaga, że celem i zamiarem Odwołującego była realizacja zamówienia zgodnie z SIWZ. Nieścisłość wynikająca z omyłkowego wpisania w części „Propozycji organizacji zamówienia” dotyczącej organizacji audytów ostatniego okresu rozliczeniowego także audytów jakościowych wynikała z oczywistej omyłki polegającej na błędnym przekopiowaniu do tej części dokumentu niewłaściwego fragmentu tekstu, co z resztą Odwołujący podniósł w złożonych wyjaśnieniach.

Odwołujący podniósł, że w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający w najmniejszym nawet zakresie nie uzasadnił zaniechania zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. nie wskazał przesłanek, w wyniku których odmówił omyłkom popełnionym przez Odwołującego charakteru omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, lakonicznie wskazując wyłącznie na niemożność potraktowania omawianych nieprawidłowości jako oczywistych omyłek pisarskich.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że zarówno w SIWZ, jak i w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie wskazał konsekwencji braku zawarcia w ofercie „Propozycji organizacji zamówienia”, tj. nie stwierdził, czy skutkiem niedołączenia ww. opracowania będzie odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ, czy jedynie przyznanie jej 0 pkt w kryterium „Propozycja organizacji zamówienia”. Powyższe mogło skutkować sytuacją, w której wykonawcy, którzy w ogóle nie załączyliby przedmiotowego opisu otrzymaliby 0 pkt w kryterium „Propozycja organizacji zamówienia”, a oferta Odwołującego, pomimo omyłek w ww. opisie, zostałaby odrzucona. Powyższe działanie Zamawiającego, naruszające art. 7 Pzp, było wielokrotnie krytykowane w doktrynie, czego przykładem jest opracowanie pn. „Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne”, przygotowane na rzecz Ministerstwa Rozwoju Regionalnego i zamieszczone na jego stronie internetowej, w którym czytamy m. in., że „[...]Zamawiający powinien określić, które z informacji są dla niego niezbędnym minimum oraz które z informacji są elementami dodatkowymi, za zamieszczenie których będzie przyznawana wyższa punktacja, natomiast ich brak nie spowoduje niezgodności oferty z siwz.[...]”.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w oparciu o następującą argumentację.

Na wstępie podkreślił, że w jego ocenie, miał on do czynienia z niezgodnością treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, która obejmuje sytuacje, gdy merytoryczna zawartość oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 Pzp.

Następnie Zamawiający wyjaśnił, że przedmiot zamówienia ma być realizowany etapami. Wskazał, że terminy na przeprowadzenie poszczególnych audytów w pierwszych trzech okresach rozliczeniowych wynosiły 10 dni roboczych od 7 dnia kalendarzowego po zakończeniu okresu rozliczeniowego. Natomiast w przypadku ostatniego okresu rozliczeniowego terminy te musiały być krótsze, z uwagi na konieczność zrealizowania wszystkich audytów do dnia 15 września 2015 r., i wynosiły 3 dni robocze od 7 dnia od zakończenia okresu rozliczeniowego (§ 2 ust. 4 wzoru umowy). Zaznaczył również, że w ostatnim okresie rozliczeniowym wymagał od wykonawców przeprowadzenia jedynie audytów finansowych.

Zamawiający podał, że wbrew powyższym wymaganiom Odwołujący przedstawił propozycję organizacji zamówienia, w której wskazał, że audyty finansowe w ostatnim okresie rozliczeniowym będą przeprowadzone w terminie 10 dni roboczych od 7 dnia kalendarzowego po zakończeniu okresu rozliczeniowego, a nadto zaoferował realizację audytów jakościowych także w ostatnim okresie rozliczeniowym. W konsekwencji stwierdzonych uchybień Zamawiający wezwał Odwołującego do ich wyjaśnienia, na co Odwołujący stwierdził, że były one wynikiem omyłek pisarskich i dokonał zmiany oferty proponując nowe terminy przeprowadzenia audytów w ostatnim okresie rozliczeniowym i ograniczając ich zakres wyłącznie do audytów finansowych.

Zamawiający stwierdził, że w przedstawionym powyżej zakresie oferta Odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ, a złożone przez niego wyjaśnienia były istotną zmianą treści oferty, co skutkowało jej odrzuceniem. Podkreślił, że nie można było uznać wymienionych powyżej niezgodności za omyłki pisarskie i dokonać ich poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zgodnie z intencją Odwołującego. Zauważył, że omyłka z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp może być poprawiona tylko wówczas, gdy prawidłowa treść oferty może być ustalona bez udziału wykonawcy, który ją popełnił. Ponadto zaakcentował, że zmiana taka nie może naruszać istotnych elementów treści oferty.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 65 K.c. Zamawiający stwierdził, że nie miał żadnych wątpliwości związanych z rozumieniem treści oferty Odwołującego w zakresie terminów realizacji zamówienia. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły wyłącznie okoliczności, że były one niezgodne z SIWZ i dlatego zwrócił się do Odwołującego o przyczynę takiego ich określenia. Gdyby Odwołujący złożył wyjaśnienia na okoliczność pierwotnie wskazanych terminów, to Zamawiający dokonałby oceny jego oferty zgodnie z przewidzianymi w SIWZ kryteriami.

Przedstawione w odpowiedzi na odwołanie stanowisko zostało poparte przeglądem orzecznictwa Izby i sądów okręgowych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Grupa G. – Euroedukacja sp. z o.o., TUV Nord Polska sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – EPRD Biuro Polityki Gospodarczej i Rozwoju Regionalnego sp. z o.o., BPIC sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali argumentację zawartą w złożonych pismach procesowych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Grupa G. – Euroedukacja sp. z o.o., TUV Nord Polska sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym, w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego. Izba oddaliła przy tym opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym z uwagi na brak uprawdopodobnienia, że wykonawcy ci nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia sprawy na korzyść Zamawiającego. Odwołujący konsekwentnie opierał zgłoszoną opozycję na braku interesu w uzyskaniu zamówienia, podając m.in. aktualną pozycję złożonej przez Przystępującego oferty w rankingu oceny ofert. Należy mieć jednak na względzie, że pojęcie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpienie zostało zgłoszone (art. 185 ust. 2 Pzp) jest szersze niż materialnoprawna przesłanka wniesienia odwołania w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia (art. 179 ust. 1 Pzp), zatem ocena czy podmiot zgłaszający przystąpienie może uzyskać zamówienie nie powinna mieć decydującego znaczenia dla skuteczności przystąpienia.

Izba nie dopuściła natomiast do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – EPRD Biuro Polityki Gospodarczej i Rozwoju Regionalnego sp. z o.o., BPIC sp. z o.o., z uwagi na przekroczenie 3-dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia.

Z dokumentacji Postępowania wynikało, że Zamawiający otrzymał kopię odwołania za pośrednictwem faksu w dniu 16 stycznia 2015 r. (*vide* prezentata Zamawiającego na kopii odwołania). W tym samym dniu Zamawiający, w wykonaniu obowiązku, o którym mowa w art. 185 ust. 1 Pzp, wysłał kopię odwołania z wezwaniem do przystąpienia do postępowania

odwoławczego wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu za pośrednictwem poczty elektronicznej (patrz: wydruki wiadomości poczty elektronicznej wysłane w dniu 16 stycznia 2015 r. do osób upoważnionych do reprezentowania Przystępującego i ww. wykonawców). Tym samym, w ocenie Izby, zawarte w zgłoszonym przystąpieniu stwierdzenie, że kopia odwołania otrzymana została dopiero w dniu 19 stycznia 2015 r. wymagało udowodnienia przez wykonawców zgłaszających przystąpienie, co nie miało miejsca.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia opisany został w załączniku nr 1 do SIWZ. Obejmował on przeprowadzenie nie więcej niż 168 audytów weryfikujących w podmiotach świadczących usługi doradcze na terenie całego kraju, które uzyskały wsparcie na ich świadczenie w wyniku konkursów organizowanych w ramach projektu systemowego PARP „Zapewnienie usług z zakresu rozwoju firmy dla przedsiębiorców oraz osób zamierzających rozpocząć działalność gospodarczą w formule one-stop-shops”, w ramach poddziałania 2.2.1 „Poprawa jakości usług świadczonych przez instytucje wspierające rozwój przedsiębiorczości i innowacyjności” Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, w tym: nie więcej niż 42 audytów jakościowych i finansowych realizowanych łącznie oraz 126 audytów finansowych.

Realizacja przedmiotu zamówienia podzielona została na cztery okresy rozliczeniowe – (1) od dnia zawarcia umowy do dnia 30 listopada 2014 r., (2) od dnia 1 grudnia 2014 r. do dnia 28 lutego 2015 r., (3) od dnia 1 marca 2015 r. do dnia 31 maja 2015 r. i (4) od dnia 1 czerwca 2015 r. do dnia 31 sierpnia 2015 r. Z § 2 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) wynikało, że audyty będą przeprowadzane na terenie całego kraju w siedzibie lub miejscu realizacji każdej umowy z PW (podmiotem świadczącym usługi doradcze – przyp. Izby) w terminie maksymalnie 10 dni roboczych od 7 dnia od zakończenia okresu rozliczeniowego, z zastrzeżeniem ust. 4 i 5, przy czym audyt jakościowy jest przeprowadzany co najmniej jeden raz w stosunku do każdego PW po zakończeniu pierwszego okresu rozliczeniowego, natomiast audyt finansowy jest przeprowadzany po każdym okresie rozliczeniowym objętym umową o udzielenie wsparcia zawartą z PW. We wspomnianym § 2 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający postanowił, że audyty ostatniego okresu rozliczeniowego będą przeprowadzone na terenie całego kraju w siedzibie lub miejscu realizacji każdej umowy z PW w terminie maksymalnie 3 dni roboczych od 7 dnia od zakończenia okresu rozliczeniowego.

Zgodnie z § 10 ust. 6 SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani do załączenia do ofert propozycji organizacji zamówienia obejmującej wskazanie liczby zespołów audytorskich, podziału zadań i odpowiedzialności pomiędzy osoby realizujące zamówienie wskazane w ofercie, organizacji audytów z ostatniego okresu rozliczeniowego, ryzyk i zagrożeń związanych z realizacją zamówienia, propozycji przeciwdziałania i zapobiegania ryzykom, w tym zasobów możliwych do wykorzystania w ramach realizacji zamówienia, które wykonawca oddeleguje w przypadku wystąpienia ryzyka, oraz środków i procedur przewidzianych przez wykonawcę celem zapewnienia niezagrożonej realizacji całości prac, z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego określonych w OPZ.

W świetle § 13 SIWZ propozycja realizacji zamówienia stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert o wadze 25 pkt. Przewidziano, że ocena w tym kryterium dokonywana będzie według następujących zasad: w ramach oceny organizacji zamówienia zostanie oceniona organizacja zespołu wykonującego zadania. Najwyższa liczba punktów zostanie przyznana wykonawcy, który zaproponuje w ofercie takie elementy organizacji zamówienia, które zapewnią Zamawiającemu maksymalizację efektów założonych działań. Zamawiający będzie oceniał i analizował: (1) ilość zespołów audytorskich, podział zadań i odpowiedzialności pomiędzy osoby realizujące zamówienie oraz organizację audytów z ostatniego okresu rozliczeniowego (maksymalnie 10 pkt.); (2) przedstawione ryzyka i zagrożenia związane z realizacją zamówienia (maksymalnie 5 pkt.); (3) propozycję przeciwdziałania i zapobiegania ryzykom w tym zasoby możliwe do wykorzystania w ramach realizacji zamówienia, które wykonawca oddeleguje w przypadku wystąpienia ryzyka, oraz środki i procedury przewidziane przez wykonawcę w celu zapewnienia niezagrożonej realizacji całości prac (maksymalnie 10 pkt.) – *vide* § 13 ust. 4 SIWZ.

Odwołujący złożył ofertę, w której, w ramach opracowanej propozycji organizacji zamówienia (załącznik nr 15 do SIWZ), założył, że audyty w ostatnim okresie rozliczeniowym wykonywane będą w terminie 10 dni roboczych od 7 dnia od zakończenia okresu rozliczeniowego, a nadto że w terminie 10 dni roboczych od zakończenia jednostkowego audytu, zostaną przekazane raporty z audytów jakościowych (str. 84-85 oferty Odwołującego).

Wobec powyższego – pismem z dnia 15 grudnia 2014 r. – Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, do wyjaśnienia zaproponowanego terminu realizacji audytów w ostatnim okresie rozliczeniowym w kontekście § 2 ust. 4 wzoru umowy, a nadto do wskazania czy planuje przeprowadzenie audytów jakościowych w ostatnim okresie rozliczeniowym i z czego takie podejście wynika.

W odpowiedzi, pismem z dnia 17 grudnia 2014 r. Odwołujący wyjaśnił, że stwierdzone niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ były wynikiem niezamierzonych omyłek

pisarskich. Oświadczył, że prawidłowa treść oferty, w odniesieniu do terminów realizacji audytów w ostatnim okresie rozliczeniowym, powinna brzmieć „Audyty ostatniego okresu rozliczeniowego zostaną przeprowadzone w terminie maksymalnie 3 dni roboczych od 7 dnia od zakończenia okresu rozliczeniowego”, natomiast zapis dotyczący audytów jakościowych nie powinien być w ogóle umieszczony, ponieważ dotyczy on tylko okresu, w którym będą świadczone usługi audytu jakościowego, natomiast zgodnie z postanowieniami umowy w ostatnim okresie rozliczeniowym przeprowadzone będą wyłącznie audyty finansowe.

W konsekwencji złożonych wyjaśnień Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ w opisanym powyżej zakresie. Na uzasadnienie podał, że zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmiany w jej treści, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 Pzp. Podkreślił, że błędów ujawnionych w ofercie Odwołującego nie sposób poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, gdyż nie mieszczą się w pojęciu omyłki pisarskiej.

Mając na uwadze przedstawiony powyżej stan faktyczny Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie zauważyć należy, że prawidłowa kwalifikacja niezgodności treści badanej oferty z treścią SIWZ (jako nieusuwalnych błędów, bądź omyłek podlegających poprawieniu), jak również właściwe ustalenie rodzaju popełnionej przez wykonawcę omyłki należy do obowiązków zamawiającego, jako podmiotu prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest on przy tym związany oceną faktyczną i prawną dokonaną w tym zakresie przez samego wykonawcę, ponieważ to na zamawiającym spoczywa obowiązek ustalenia kręgu ofert, spośród których dokonywany będzie wybór tej najkorzystniejszej.

Nie ulega również wątpliwości, że oferta niezgodna z treścią SIWZ, czy to w zakresie właściwości przedmiotu zamówienia, czy sposobu jego realizacji podlega odrzuceniu (argument z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), o ile nie zachodzą przesłanki do poprawienia jej treści po myśli przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis ten został wprowadzony do Pzp, aby wyeliminować konieczność odrzucania ofert z powodu omyłek, których nie można było zakwalifikować do kategorii oczywistych omyłek pisarskich, czy rachunkowych, a które powodowały niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Bezspornie poprawienie omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wymaga ingerencji w treść oferty, podobnie jak *nota bene* poprawianie oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych. Ustawodawca jednocześnie wprowadził dozwolone granice takiej ingerencji wskazując, że nie może ona prowadzić do istotnej zmiany treści oferty, przy czym ze względu na niedookreślony

charakter pojęcia innej omyłki ocena stopnia wpływu jej poprawienia na treść oferty musi być dokonywana indywidualnie, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy. Izba zaznacza przy tym, że w przypadku omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp udział wykonawcy w jej poprawieniu może być nieodzowny z uwagi na charakter takiej omyłki – w przeciwieństwie bowiem do omyłek pisarskich i rachunkowych omyłka, o której mowa w komentowanym przepisie nie musi być oczywista. Brak udziału wykonawcy w procedurze poprawiania omyłek odnosić należy, co do zasady, do tych, które charakteryzuje przymiot oczywistości, a zatem, jak wskazano, do omyłek pisarskich i rachunkowych. Znamienne jest także i to, że w przypadku tych ostatnich zamawiający w ogóle nie liczy się ze stanowiskiem wykonawcy odnośnie poprawienia takich omyłek, a jedynie informuje go o tym fakcie (*vide* art. 87 ust. 2 *in fine* Pzp). Tymczasem w przypadku tzw. innej omyłki brak zgody wykonawcy na jej poprawienie stanowi – zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp – przesłankę odrzucenia oferty. Stąd dopuszczalne jest wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty przed podjęciem przez zamawiającego decyzji odnośnie ewentualnego poprawienia omyłki oraz sposobu korekty oferty.

W rozpoznawanej sprawie, zdaniem Izby, Zamawiający miał do czynienia z innymi omyłkami w ofercie Odwołującego polegającymi na niezgodności jej treści z treścią SIWZ, których poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian kształtu złożonego mu oświadczenia woli. Nie miała zatem znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy zawarta w odpowiedzi na odwołanie argumentacja dotycząca oczywistej omyłki pisarskiej, bowiem w rozpoznawanej sprawie Odwołujący takowych nie popełnił.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do charakteru stwierdzonych przez Zamawiającego uchybień Izba doszła do wniosku, że mają one charakter niezamierzonych niedokładności wyczerpujących pojęcie omyłki. Nie może o tym wprawdzie świadczyć wyłącznie powoływanie się przez Odwołującego na oświadczenia o zapoznaniu się z treścią SIWZ i zaakceptowaniu wzoru umowy, tym niemniej Izba dała wiarę jego wyjaśnieniom, że sporne fragmenty oferty były następstwem skopiowania elementów treści oferty właściwych innym okresom rozliczeniowym, na które podzielona została realizacja przedmiotu zamówienia. Wzięto również pod uwagę okoliczność, że tylko w przypadku terminów realizacji audytów w ostatnim okresie rozliczeniowym Zamawiający ukształtował swoje wymagania odmiennie niż w odniesieniu do trzech pierwszych okresów rozliczeniowych, co wzmacnia twierdzenie Odwołującego o ich omyłkowym powieleniu.

W zakresie charakteru zmiany treści oferty Odwołującego dotyczącej terminów realizacji audytów w ostatnim okresie rozliczeniowym Izba stwierdziła, że – wbrew zapatrywaniom Zamawiającego – nie byłaby to ingerencja istotna. Przemawia za tym okoliczność, że omyłka popełniona została w załączonej do oferty „Propozycji organizacji

zamówienia” (załącznik nr 15 do oferty), opracowanej na podstawie omówionych wcześniej wytycznych SIWZ, które nie nakładały na wykonawców obowiązku ujmowania w tym dokumencie terminów realizacji audytów w poszczególnych okresach rozliczeniowych. Były one określone jednakowo dla wszystkich wykonawców w § 2 ust. 3-4 wzoru umowy, które nie przewidywały nawet możliwości odmiennego ich uregulowania ze względu na jakąkolwiek inną, niż przewidziana we wzorze umowy, propozycję wykonawcy. W konsekwencji przyjęć należało, że ujęcie przez Odwołującego w omawianym dokumencie informacji na temat terminów realizacji audytów w ostatnim okresie rozliczeniowym pozbawione było merytorycznego znaczenia.

Chybione było przy tym stanowisko Zamawiającego, jakoby sporne terminy stanowiły jeden z elementów podlegających ocenie w ramach kryterium „Propozycja organizacji zamówienia”. Na wniosek taki nie pozwala lektura § 13 ust. 4 SIWZ, który nie odnosi się do wspomnianej kwestii. Nie miał racji Zamawiający twierdząc, jakoby podlegały one ocenie w ramach podkryterium „ilość zespołów audytorskich, podział zadań i odpowiedzialności pomiędzy osoby realizujące zamówienie oraz organizacja audytów z ostatniego okresu rozliczeniowego”, chociażby z uwagi na fakt, że pojęcie „organizacji” jest niedookreślone i nie może być interpretowane na niekorzyść któregoś z wykonawców. Poza tym Izba zwróciła uwagę, że żadnej z ofert poddanych merytorycznej ocenie, tak ofercie Przystępującego, jak i ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – EPRD Biuro Polityki Gospodarczej i Rozwoju Regionalnego sp. z o.o., BPIC sp. z o.o. nie zostały przyznane punkty za terminy realizacji audytów w ostatnim okresie rozliczeniowym. Z kart indywidualnych ocen ofert wypełnionych przez członków komisji przetargowej Zamawiającego wynika, że w ramach wspomnianego podkryterium oceniana była wyłącznie liczba powołanych zespołów audytorskich, czy też ilość audytorów zaangażowanych w realizację zamówienia. Izba stwierdziła ponadto, że chociażby wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – EPRD Biuro Polityki Gospodarczej i Rozwoju Regionalnego sp. z o.o., BPIC sp. z o.o., w załączonej do oferty propozycji organizacji zamówienia, w ogóle nie wskazali terminów przeprowadzenia audytów w ostatnim okresie rozliczeniowym.

Także druga ze stwierdzonych przez Zamawiającego niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ (omyłkowe zaoferowanie przeprowadzenia audytów jakościowych w ostatnim okresie rozliczeniowym) powinna być, zdaniem Izby, poprawiona w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ nie spowodowałoby to istotnej zmiany treści oferty. Nie bez znaczenia była bowiem okoliczność, że omyłka Odwołującego polegała w istocie na zaoferowaniu dodatkowego, niewymaganego postanowieniami SIWZ, fragmentu świadczenia, przy jednoczesnej zgodności treści oferty z SIWZ w wymaganym przez Zamawiającego podstawowym zakresie. Zdaniem Izby, wobec określenia w OPZ

maksymalnej liczby audytów oraz okresów rozliczeniowych, w których mają zostać przeprowadzone, zaoferowanie elementu świadczenia wykraczającego ponad wymagania Zamawiającego nie miało merytorycznego znaczenia. Trzeba również mieć na względzie, że omawiana niezgodność dotyczyła w istocie treści wyjętej z kontekstu, nie obejmowała bowiem przeprowadzenia audytu jakościowego, a jedynie realizację jednego z obowiązków składających się na tą czynność. Odwołujący zaoferował wyłącznie przekazanie raportów z audytów jakościowych, nie wspominając nic chociażby o terminach ich przeprowadzenia.

Nieprawidłowa, w ocenie Izby, była również dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Nie naruszały one bowiem ustawowego zakazu prowadzenia negocjacji odnoszących się do treści złożonej oferty, a stanowiły wyłącznie logiczną reakcję na otrzymane wezwanie, w którym Zamawiający pytał o przyczyny ukształtowania treści oferty w określony sposób. Co więcej, odnosząc się do twierdzenia o zmianie przez Odwołującego terminów realizacji audytów w ostatnim okresie rozliczeniowym Izba stwierdziła, że skoro terminy te zostały określone jednakowo dla wszystkich wykonawców, to oświadczenie Odwołującego stanowiło nie tyle propozycję nowych terminów, co zwrócenie uwagi na obowiązujące w tym zakresie postanowienia SIWZ. Natomiast zawarte w odpowiedzi na odwołanie stwierdzenie, że gdyby Odwołujący wyjaśnił zakwestionowane terminy, a nie dokonał ich zmiany, to jego oferta podlegałaby merytorycznej ocenie podważa w ogóle, w ocenie Izby, zasadność odrzucenia oferty Odwołującego, nawet bez poprawiania popełnionej w tym zakresie omyłki. Oświadczeniem tym Zamawiający dał do zrozumienia, że oferta Odwołującego w pierwotnym kształcie mogłaby być uznana za zgodną z SIWZ, o ile przedstawione zostałyby Zamawiającemu powody odmiennego od oczekiwanego ukształtowania jej treści. W świetle omówionych powyżej postanowień SIWZ dotyczących terminów realizacji audytów, mając jednocześnie na uwadze treść wezwania Zamawiającego, trudno byłoby oczekiwać od Odwołującego wyjaśnienia innego niż wskazującego na popełnienie omyłki, czy zakładać, że wspomniane inne wyjaśnienie przyczyn niezgodnego z SIWZ ukształtowania treści oferty byłoby w ogóle możliwe. Ergo, w sytuacji, w której Odwołujący nie odpowiedziałby na wezwanie Zamawiającego byłby on w lepszej sytuacji, niż w przypadku wyjaśnienia, że powodem złożenia oferty o takiej, a nie innej treści były popełnione przy jej sporządzaniu omyłki.

Reasumując, Zamawiający naruszył swoim postępowaniem przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uwagi na nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, co było następstwem niesłusznego zaniechania poprawienia innych omyłek w ofercie Odwołującego. Dokonując oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień Zamawiający naruszył z kolei przepis art. 87 ust. 1 Pzp bezpodstawnie przyjmując, że stanowią one niedozwolone negocjacje dotyczące treści

złożonej mu oferty. W konsekwencji naruszony został również przepis art. 91 ust. 1 Pzp, ponieważ Zamawiający nieprawidłowo ustalił krąg ofert podlegających ocenie, z których dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 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 wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

Przewodniczący: