

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2016 r. przez **Odwołującego – IDIPSUM Sp. z o.o., ul. Strzeszewskiego 15/32, 20-153 Lublin**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **Grupa Gumułka Euroedukacja Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

orzeka:

1. **oddala odwołanie**,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) 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 z siedzibą w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi pn. „*Audyt Regionalnych Instytucji Finansujących za I-IV kwartał 2016 r.*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2015/S 241-437661 w dniu 12 grudnia 2015 r.

Pismem z dnia 16 marca 2016 r. Zamawiający poinformował o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez firmę Grupa Gumułka — Euroedukacja Sp. z o.o., jednocześnie zawiadamiając o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 w związku z art. 87 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 25 marca 2016 r. Odwołujący – IDIPSUM Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust 1 Pzp poprzez naruszenie zasady generalnej, nakazującej prowadzenie postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 1 poprzez nieuzasadnione uznanie, iż wyjaśnienia składane na skutek wezwania w trybie art. 87 ust. 1 pkt. 1 prowadziły do zmiany treści oferty;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzez nieuzasadnione uznanie, iż treść złożonej oferty nie odpowiada treści siwz;
- 4) art. 87 ust. 2 pkt. 3 poprzez zaniechanie dokonania poprawy tzw. innej omyłki w treści oferty Odwołującego.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego;

- 2) Powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) Dokonania poprawy tzw. innej omyłki w treści oferty Odwołującego
- 4) Powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podniesiono, że oferta Odwołującego, w przypadku gdy podlegałaby ocenie, została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu, tak więc Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentował, że:

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego dokonana została z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Jako uzasadnienie swojej decyzji Zamawiający wskazał okoliczność rzekomej zmiany treści oferty Odwołującego po upływie terminu składania ofert. Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, zmiana powyższa wynikałaby z wyjaśnień, udzielonych przez Odwołującego na skutek wezwania dokonanego w trybie art. 87 ust. 1 pkt. 1 ustawy.

Prawdą jest, iż w dniu 09.02.2016 r. Zamawiający zwrócił się pismem (znak BZP.0.270.30.15.ALB) do złożenia wyjaśnień dotyczących wskazanego w treści formularza ofertowego terminu wykonania audytu. Zgodnie z treścią formularza, należało wskazać terminy wykonania audytu w poszczególnych kwartałach. Zważywszy fakt, iż integralną częścią oferty jest załącznik nr 6a do siwz, szczegółowo określający terminy wykonania poszczególnych audytów wraz ze wskazaniem liczby osobodni, do formularza ofertowego należało przenieść wartości wskazane w załączniku nr 6a.

Omyłka Odwołującego polegała na nieprawidłowym przeniesieniu do treści formularza wartości z kolumn opisanych jako „proponowana przez Wykonawcę liczba osobodni”, czyli łącznej liczby osobodni, wyliczonej na 76, zamiast wartości z kolumn zatytułowanych „liczba dni roboczych (min. 2, maks. 10)”, wskazujących 3 dni. Zaistniała sytuacja została szczegółowo wyjaśniona w piśmie Odwołującego z dnia 10.02.2016 r., w którym Odwołujący w sposób nie budzący wątpliwości wyjaśnił, iż zaistniała sytuacja jest wynikiem omyłki.

Mimo oczywistych przesłanek do poprawy wartości omyłkowo wpisanych do formularza, Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał powyższej czynności i niezgodnie z prawem dokonał odrzucenia oferty.

Zgodnie z piśmiennictwem i ustaloną linią orzecniczą, celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego. Zamawiający zobowiązany jest poprawić niezgodności w sytuacji wystąpienia łącznie dwóch przesłanek - niezgodność oferty z treścią siwz musi mieć

charakter omyłki oraz nie może powodować istotnych zmian w treści oferty, przy czym przepis ten nie może być interpretowany zawężająco (por. uchwała KIO z dnia 19.10.2010 r., sygn. akt KIO/KD 74/10). Co do zasady, na gruncie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 niedopuszczalna jest znacząca ingerencja w treść oferty, powodująca wytworzenie zupełnie nowej treści oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę. W przedmiotowej sytuacji poprawa zaistniałej omyłki nie prowadzi do wytworzenia nowego oświadczenia woli; sprowadza się bowiem jedynie do wskazania właściwej wartości z zadeklarowanych przez Odwołującego w załączniku nr 6a.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z jednolitym w tym zakresie orzecznictwem, poprawienie innej omyłki wymaga analizy całej oferty. Aby zamawiający mógł zakwalifikować błąd jako inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z siwz, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, zobowiązany jest dokonać analizy oferty jako całości, a nie analizy jedynie samego błędu. Oznacza to, iż w pierwszej kolejności musi ocenić, czy z treści oferty wynika, iż intencją wykonawcy było zaferowanie przedmiotu zamówienia w pełni zgodnego z postawionymi przez niego wymaganiami, czy też popełniony błąd miał charakter celowy i zamierzony. Dokonanie zmiany treści oferty w ramach art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma bowiem na celu doprowadzenie jej treści do kształtu zgodnego z rzeczywistymi intencjami wykonawcy. Z treści załącznika nr 6a jednoznacznie wynika, jakie terminy audytów w poszczególnych kwartałach oferuje Odwołujący; dodatkowo zostało to wyjaśnione w treści odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Zważyć należy, iż przedmiotowe wyjaśnienia nie wprowadzały żadnych nowych propozycji w zakresie terminów, a jedynie wskazywały właściwą pozycję i wartość, pierwotnie wynikającą z załączonego formularza 6a.

Tym samym nie może być mowy o jakiegokolwiek zmianie treści lub wytworzeniu nowej treści oferty, a jedynie o wskazaniu właściwej wartości z pierwotnie złożonego zobowiązania, zwłaszcza iż w treści załącznika 6a złożone zostało zobowiązanie do przeprowadzenia audytów zgodnie z zawartymi w nim informacjami.

Podobne omyłki były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą. Przykładowo, w wyroku z dnia 23.01.2009 r., dotyczącym rozbieżności co do zadeklarowanego terminu realizacji zamówienia, polegającej na podaniu, oprócz terminu zgodnego z siwz, innego terminu, KIO orzekła: *„(...) w ofercie Odwołującego występuje rozbieżność dotycząca okresu realizacji zamówienia. Z treści tej oferty, z całokształtu zawartych w niej oświadczeń wynika, zdaniem Izby, zamiar wykonania zamówienia w sposób zgodny z wymogami SIWZ. Dokonując badania i oceny oferty Zamawiający winien brać pod uwagę całą jej treść. W świetle art. 66par. 1 Kodeksu cywilnego, oferta zawierać ma istotne postanowienia przyszłej umowy. Oferta Odwołującego zawiera wszystkie istotne elementy zawarte w SIWZ, także z uwzględnieniem wprowadzonej zmiany w jej treści odnośnie terminu realizacji zamówienia. Ofertę należy rozumieć w sposób określony w art.*

56 Kc, z którego wynika wymóg uwzględnienia przy wykładni oświadczenia woli okoliczności jego złożenia".

Biorąc pod uwagę powyższe, czynność odrzucenia oferty Odwołującego dokonana została z rażącym naruszeniem wskazanych przepisów ustawy.

Odnosnie przesłanki z art. 89 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że stanowisko Zamawiającego jest nieuzasadnione i niezrozumiałe.

Faktem jest, iż Zamawiający w § 6.1.3 siwz dokonał opisu sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób niezbędnych do wykonania zamówienia.

Zgodnie

z tym zapisem, Zamawiający wskazał, iż uzna, że wykonawca spełnia warunek jeśli wykaże dysponowanie co najmniej 19 osobami, w tym:

- co najmniej 16 osobami tworzącymi co najmniej 8 zespołów audytorskich;
- osobą mającą pełnić funkcję eksperta ds. kontroli zamówień publicznych, która nie będzie wchodzić w skład żadnego z zespołów audytorskich;
- osobą mającą pełnić funkcję eksperta ds. kontroli VAT, która nie będzie wchodzić w skład żadnego z zespołów audytorskich;
- osobą mającą pełnić funkcję Zarządzającego usługą, która nie będzie wchodzić w skład żadnego z zespołów audytorskich

- określając przy tym minimalne wymagania co do wykształcenia i kwalifikacji tych osób.

Dodatkowo, w § 13.7 siwz Zamawiający wskazał, iż wykazanie większej liczby osób wiąże się z uzyskaniem punktów w kryterium „zespół projektowy”, zgodnie z następującymi zasadami:

- od 0 do 3 dodatkowych osób - 0 pkt,
- od 4 do 7 dodatkowych osób - 5 pkt,
- 8 lub więcej dodatkowych osób -10 pkt.

Zważywszy powyższe, Odwołujący wykazał zarówno spełnianie warunku udziału w postępowaniu, jak i warunek niezbędny do otrzymania maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny na minimalnym wymaganym poziomie, zgodnym z oczekiwaniami Zamawiającego. Wywodzenie z powyższego faktu braku możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie ze zobowiązaniem zawartym w ofercie jest całkowicie nieuprawnione; twierdzenie zaś Zamawiającego, że Odwołujący „nie dysponuje zespołami audytorskimi” nieuzasadnione i nie znajdujące potwierdzenia w treści oferty.

W uzasadnieniu decyzji Zamawiający powołał się na zapis § 10.8 siwz w brzmieniu: *„W ofercie Wykonawca podaje, tak jak to określono we wzorze Formularza Ofertowego, termin dotyczący przeprowadzenia wszystkich audytów po danym kwartale. Łączne zaangażowanie w osobodniach będzie wynikać z załącznika nr 6a do SIWZ, w którym Wykonawca podaje liczbę osób, liczbę dni roboczych (rozumianych jako ośmiogodzinne dni robocze, podane z*

dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, przy czym dla każdego audytu liczba ta nie może być mniejsza niż 2) i liczbę osobodni¹ potrzebnych na przeprowadzenie audytu w każdej z RIF, dla każdego z kwartałów z osobna. Ponadto, podany w Formularzu ofertowym termin wykonania audytów RIF za dany kwartał nie może być krótszy niż podana w załączniku 6a do SIWZ liczba dni przeprowadzenia najdłuższego pojedynczego audytu za ten kwartał, w zaokrągleniu do pełnych dni w górę.

Wskazując w załączniku 6a do SIWZ terminy wykonania poszczególnych audytów w dniach roboczych oraz zaangażowanie w osobodniach Wykonawca uwzględni czas niezbędny na ich przeprowadzenie, liczbę zespołów audytorskich oraz liczbę audytorów tworzących każdy z zespołów audytorskich."

¹ Liczba osobodni potrzebnych na przeprowadzenie danego audytu rozumiana jest jako iloczyn 8-godzinnych dni roboczych, które musi poświęcić na przeprowadzenie audytu każdy audytor oraz liczby audytorów, niezbędnych do przeprowadzenia audytu. Przykładowo, jeśli 2 audytorów potrzebuje do przeprowadzenia audytu w danej RIF 2 8-godzinnych dni, to liczba osobodni potrzebnych na przeprowadzenie audytu wynosi: 2 osoby * 2 8-godzinne dni = 4 osobodni.

Szczegółowa analiza powyższego zapisu w żaden sposób nie uzasadnia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty. Sytuacja taka mogłaby mieć miejsce wyłącznie, jeśli Zamawiający wyraźnie nakazałby uwzględnienie w załączniku nr 6a zespołów audytorskich wykazanych w załączniku nr 5. Wykaz ten jednak żądany był dla wykazania spełnienia warunku w postępowaniu i zawiera dane minimalne dla potwierdzenia dysponowania odpowiednim personelem. Nigdzie w siwz nie wskazano, że wykazywana liczba osób winna korespondować z treścią załącznika nr 6a. Instrukcja zawarta w § 10.8 siwz stanowi jedynie wskazówkę dotyczącą planowania audytów objętych zamówieniem z uwzględnieniem możliwości wykonawcy, bez odwoływania się do innych dokumentów składanych w postępowaniu. Jeśli intencją Zamawiającego było powiązanie treści załącznika 5 i 6a, winien był wyraźnie wskazać to w treści siwz.

Nadmienić należy, iż zgodnie z orzecznictwem, wszelkie wątpliwości powstałe na tle siwz nie mogą rodzić negatywnych skutków dla wykonawców i powinny być rozstrzygane na ich korzyść (np. postanowienie KIO z dnia 9 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 636/08).

Podsumowując Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wykazał, iż treść oferty nie odpowiada treści siwz, a decyzja o odrzuceniu oferty została dokonana z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, argumentując, że:

Odwołanie pozbawione jest podstaw mogących prowadzić do wzruszenia decyzji Zamawiającego. Odwołujący dokonał błędnej oceny stanu faktycznego, a co za tym idzie, w

sposób wadliwy scharakteryzował przesłanki statuujące po stronie Zamawiającego możliwość poprawy innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zarzuty odwołania stanowią w istocie próbę pozbawienia Zamawiającego możliwości działania zgodnie i w ramach ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający wskazał na wstępie na kryteria oceny oferty określone w SIWZ:

- Cena – waga 70
- Termin realizacji audytów po I kwartale 2016 – waga 4
- Termin realizacji audytów po II kwartale 2016 – waga 4
- Termin realizacji audytów po III kwartale 2016 – waga 4
- Termin realizacji audytów po IV kwartale 2016 – waga 8
- Zespół projektowy – waga 10

Zamawiający przytoczył następnie brzmienie § 10 ust. 8 oraz § 5 SIWZ, wskazując, że Odwołujący na str. 2 i 3 oferty zawarł informację:

„Zobowiązujemy się wykonać audyty w następujących terminach:

- a) za I kwartał 2016 r. – w terminie 76 dni roboczych (przy zaangażowaniu w łącznej liczbie osobodni podanej w załączniku 6a do SIWZ), liczonych począwszy od 11[†] lub 13^{**} dnia miesiąca następującego po zakończeniu danego kwartału,
- b) za II kwartał 2016 r. – w terminie 76 dni roboczych (przy zaangażowaniu w łącznej liczbie osobodni podanej w załączniku 6a do SIWZ), liczonych począwszy od 11[†] lub 13^{**} dnia miesiąca następującego po zakończeniu danego kwartału,
- c) za III kwartał 2016 r. – w terminie 76 dni roboczych (przy zaangażowaniu w łącznej liczbie osobodni podanej w załączniku 6a do SIWZ), liczonych począwszy od 11[†] lub 13^{**} dnia miesiąca następującego po zakończeniu danego kwartału,
- d) za IV kwartał 2016 r. – w terminie 76 dni roboczych (przy zaangażowaniu w łącznej liczbie osobodni podanej w załączniku 6a do SIWZ), liczonych począwszy od 11[†] lub 13^{**} dnia miesiąca następującego po zakończeniu danego kwartału

Szczegółowe dane dotyczące liczby osób, liczby dni i liczby osobodni dotyczących realizacji poszczególnych audytów przedstawiamy w tabeli stanowiącej Załącznik nr 6a do SIWZ”.

przy czym:

* W przypadku wszystkich Regionalnych Instytucji Finansujących (RIF) za wyjątkiem Fundacji Małych i Średnich Przedsiębiorstw, pełniącej rolę RIF na terenie województwa mazowieckiego.

** Jedynie w przypadku Fundacji Małych i Średnich Przedsiębiorstw, pełniącej rolę RIF na terenie województwa mazowieckiego. Fundacja Małych i Średnich Przedsiębiorstw zobowiązana jest przygotować sprawozdania za I, II i III kwartał 2016 r. w terminie do 12 dnia miesiąca następującego po zakończeniu kwartału.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący zaoferował więc realizację audytów w terminie 76 dni roboczych za każdy kwartał, co jest niezgodne z SIWZ.

Podniesiono następnie, że Zamawiający działając w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. W odpowiedzi Odwołujący złożył w dniu 10.02.2016 r. stosowne wyjaśnienia. Po analizie pisma Zamawiający stwierdził, że IDIPSUM poprzez swoje wyjaśnienia zmienił w sposób istotny treść oferty, tzn. w miejsce pierwotnie zaoferowanych 76 dni roboczych dla każdego z kwartałów 2016 r., zaoferował 3 dni robocze na przeprowadzenie wszystkich audytów po każdym z kwartałów.

Zamawiający argumentował, że zgodnie z 87 ust. 1 Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, przy czym trzeba zaznaczyć, że w przedmiotowym przypadku nie było możliwe poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

- po pierwsze, zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści,
- po drugie, poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający wskazał następnie, że o ile w przedmiotowej sprawie, jak można przeczytać w piśmie z dnia 10.02.2016 r. zawierającym wyjaśnienia Odwołującego, zachodzi pierwsza z ww. przesłanek, o tyle omawianej niezgodności nie można zakwalifikować jako niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Argumentowano, że na etapie badania ofert, Zamawiający nie mógł zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego zawartym w złożonych wyjaśnieniach, iż wszelkie informacje niezbędne do poprawienia omyłki znajdują się w tabeli – załącznik nr 6a str. 8 i 9 oferty. Podana bowiem w załączniku nr 6a do SIWZ liczba dni przeprowadzenia najdłuższego pojedynczego audytu za dany kwartał nie jest tożsama z podanym w Formularzu Ofertowym terminem przeprowadzenia wszystkich audytów po tym kwartale.

Zamawiający zakwestionował również stwierdzenie Odwołującego, że do Formularza Ofertowego należało przenieść wartości wskazane w załączniku nr 6a do SIWZ. Zamawiający podkreślił, że nigdzie w SIWZ nie wskazano, że tak właśnie należy postąpić. Jest to nieporozumienie oraz błędna interpretacja zapisów SIWZ dokonana przez Odwołującego, nie mająca podstaw w stanie faktycznym.

Podniesiono następnie, że zgodnie z ostatnim zdaniem części III pkt 2 załącznika nr 6 do SIWZ (Formularz Ofertowy), celem wprowadzenia załącznika nr 6a do SIWZ było przedstawienie szczegółowych danych dotyczących liczby osób, liczby dni i liczby osobodni dotyczących realizacji poszczególnych audytów. Umożliwiło to Zamawiającemu m.in.

weryfikację, czy poszczególne audyty będą realizowane w minimalnym wymaganym przez Zamawiającego zaangażowaniu w osobodniach oraz czy podane przez wykonawcę terminy realizacji audytów za dany kwartał są możliwe do realizacji.

Wskazano także, że gdyby rzeczywiście celem zapisów SIWZ było przeniesienie zapisów z załącznika nr 6a do Formularza Ofertowego, jak to interpretuje Odwołujący, możliwe byłoby prawdopodobnie zakwalifikowanie omawianej omyłki, jako oczywista omyłka pisarska i dokonanie poprawy takiej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp (a nie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, na który powołuje się Odwołujący). Za brakiem w tym przypadku charakteru „oczywistości” przemawiał fakt, że nie można było zidentyfikować takiej omyłki i dokonać jej poprawy na podstawie porównania i odniesienia do pozostałych dokumentów stanowiących ofertę.

Zamawiający stwierdził następnie, że niezrozumienia oraz błędnej interpretacji przez Odwołującego zapisów SIWZ dowodzi fakt, że w innych ofertach wykonawcy nie dokonali „przeniesienia” liczby dni najdłuższego pojedynczego audytu za dany kwartał do Formularza Ofertowego, a podane przez większość terminy realizacji audytów za dany kwartał były dłuższe niż termin realizacji najdłuższego pojedynczego audytu. W sytuacji, w której przedstawiono w innych ofertach terminy realizacji audytów kwartalnych tożsame z czasem realizacji najdłuższego pojedynczego, wynikało to z zaangażowania w realizację przedmiotu zamówienia odpowiednio licznego zespołu audytorów.

Zamawiający podkreślił tym samym, że biorąc pod uwagę ofertę, jako całość, brak było możliwości wywnioskowania z jej zapisów, jakie wartości liczbowe należy wpisać do Formularza Ofertowego.

Zgodnie bowiem z wymaganiami określonymi w § 10 ust. 8 SIWZ, wykonawca sporządzając ofertę musiał uwzględnić swój potencjał osobowy, tzn. liczbę zespołów audytorskich oraz liczbę audytorów tworzących każdy z zespołów audytorskich, jak również czas niezbędny na przeprowadzenie tych audytów. Zgodnie z zapisami kolumn c załącznika nr 6a do SIWZ, wykonawca był zobowiązany wykazać osiągnięcie, dla każdego audytu z osobna, minimalnej liczby osobodni wymaganej przez Zamawiającego. Natomiast, zgodnie z zapisami części III pkt 2 Formularza Ofertowego, podane przez wykonawcę terminy realizacji audytów za każdy z kwartałów miały uwzględniać zaangażowane w łącznej liczbie osobodni podanej w załączniku 6a do SIWZ. Wykonawca musiał więc szczegółowo (dla każdego pojedynczego audytu) zaplanować wykonanie zamówienia, a następnie podać realny termin przeprowadzenia wszystkich audytów po danym kwartale. Termin ten powinien również uwzględniać kwestie organizacyjne leżące po stronie wykonawcy, np. dostępność audytorów w poszczególnych dniach, czas dojazdów na miejsca realizacji audytów, itp.

W związku z powyższym wskazano, że Zamawiający nie mógł samodzielnie zdecydować, w imieniu Odwołującego, w jakim terminie wykona on wszystkie audyty po

każdym z kwartałów i dokonać w treści oferty poprawy omyłki. Wprawdzie Odwołujący złożył wyjaśnienia w tym zakresie, nie zmienia to jednak faktu, że dokonał tym samym zmiany treści oferty po otwarciu ofert. W piśmie tym złożył bowiem kolejne oświadczenie woli w zakresie terminów wykonania wszystkich audytów po każdym z kwartałów. Zamawiający wskazał w tym miejscu na wyrok KIO z dnia 12.03.2012 r., sygn. akt KIO 429/12, w którym stwierdzono, że *„...wyjaśnienie treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem przez Zamawiającego do oferty nowych, zmienionych danych, które podlegają ocenie z punktu widzenia przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert”*.

Argumentowano następnie, że oświadczenie woli Odwołującego, co do oferowanych terminów realizacji audytów, podlegających punktacji i ocenie w kryteriach oceny ofert, miało istotny wpływ na wynik postępowania. Dokonanie jakiegokolwiek zmiany w tym zakresie przez Zamawiającego miało istotny wpływ na treść oferty, decydowało bowiem o pozycji Odwołującego w rankingu po dokonaniu przez Zamawiającego oceny ofert, a więc o możliwości uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Poprawienie omyłki zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 10.02.2016 r., prowadziłoby do nieuprawnionego uprzywilejowania Odwołującego, który znając terminy zaproponowane w ofertach innych wykonawców, mógłby wskazać takie terminy, które pozwoliłyby na ocenę jego oferty, jako najkorzystniejszej.

Podsumowując, Zamawiający wskazał, że omawiana niezgodność dotyczy kryteriów oceny ofert. Każda zmiana dotycząca liczby zaoferowanych dni wpływa bezpośrednio na punktację przyznaną dla każdej z ofert i w konsekwencji determinuje miejsce w rankingu wykonawców, a więc wpływa bezpośrednio na wynik postępowania, zatem jest zmianą istotną. Zamawiający odwołał się dodatkowo do wyroku KIO z dnia 12.03.2012 r., sygn. akt KIO 429/12 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21.01.2010 r., sygn. akt V Ca 1051/10. Końcowo podkreślono, że istotność omawianej zmiany treści oferty potwierdził sam Odwołujący pisząc na wstępie odwołania, że gdyby jego oferta podlegała ocenie, zostałaaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający podniósł, że Odwołujący w przesłanych wyjaśnieniach zobowiązał się wykonać audyty w terminie 3 dni roboczych po każdym kwartale 2016 r. W Wykazie osób wykonawca przedstawił 12 2-osobowych zespołów audytorskich. Zgodnie ze wzorem załącznika nr 6a do SIWZ (tabela dotycząca przeprowadzenia audytów), w przypadku 6 RIF (nr 1, 6, 7, 11, 12, 15) minimalna liczba osobodni wymagana przez Zamawiającego (kolumny c tabeli) wynosi 5 lub 6. Oznacza to, że ich realizacja w ramach zespołów 2 osobowych będzie trwała 2,5 lub 3 dni robocze. W złożonej przez Odwołującego tabeli (zał. d do Oferty), przygotowanej zgodnie z ww. wzorem, IDIPSUM zobowiązała się do realizacji audytów w ww. RIF w ciągu 3 dni roboczych przy zaangażowaniu zespołów 2 osobowych.

Biorąc pod uwagę powyższe, pierwszego dnia audytów Odwołujący może wysłać 12 zespołów do realizacji audytów w 12 RIF. Audyty te będą trwały 2 lub 3 dni. Do czasu zakończenia realizacji przedmiotowych audytów 2 dniowych przez zespoły, Odwołujący nie ma możliwości (nie dysponuje zespołami audytorskimi) realizacji audytów w pozostałych 4 RIF (z łącznej liczby 16). Po przeprowadzeniu przez te zespoły audytów pierwszego i drugiego dnia, trzeciego i czwartego dnia będą mogły one zrealizować audyty w pozostałych 4 RIF. Zatem łączny możliwy czas realizacji audytów wszystkich 16 RIF to 4 dni robocze. W konsekwencji Odwołujący nie jest w stanie przeprowadzić 16 audytów RIF łącznie w deklarowanym terminie 3 dni roboczych. Minimalna liczba dni na przeprowadzenie audytów w przypadku oferty Odwołującego to 4 dni.

Zamawiający nie zgodził się także ze stwierdzeniem Odwołującego, że Wykaz osób (załącznik nr 5 do SIWZ) żądany był jedynie dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i zawiera dane minimalne dla potwierdzenia dysponowania odpowiednim personelem. Zgodnie z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) oraz zgodnie z zapisami SIWZ, Zamawiający żądał przedstawienia „Wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (...)”. Natomiast zapisy części III pkt 2 Formularza Ofertowego wyraźnie wskazują, iż w tabeli stanowiącej załącznik 6a do SIWZ wykonawca przedstawia szczegółowe dane „(...) dotyczące liczby osób, liczby dni i liczby osobodni dotyczących realizacji poszczególnych audytów (...)”. Ponadto, Zamawiający żądał przy podawaniu przez wykonawcę terminów realizacji audytów za dany kwartał uwzględnienia w Formularzu Ofertowym zaangażowania w łącznej liczbie osobodni podanej w załączniku 6a do SIWZ, co oznacza, że wykonawca musiał wziąć pod uwagę zarówno liczbę osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, jak i liczbę dni roboczych koniecznych do przeprowadzenia audytów przez osoby wykazane w ofercie. Zatem związek między przedstawionymi przez Odwołującego osobami, które będą realizować audyty (i które muszą spełniać wymagania SIWZ) a danymi przedstawionymi w załączniku 6a (tabela dotycząca przeprowadzenia audytów) jest oczywisty.

Końcowo, w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający wskazał, że w świetle ww. argumentacji, zarzut ten jest całkowicie bezpodstawny. Ponadto, Zamawiający podniósł, że Odwołujący w treści odwołania raz traktuje ofertę jako całość (poprawienie „innej omyłki”), a innym razem wybiórczo (odrzućenie oferty z powodu niezgodności z treścią SIWZ – rzekomy brak związku między wykazem osób, które będą realizować audyty, a terminami ich realizacji), w zależności od tego, jaki punkt widzenia jest w danym momencie dla Odwołującego korzystny.

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Grupa Gumułka Euroedukacja Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnik podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przy rozstrzygnięciu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

W niniejszej sprawie okolicznością bezsporną było podanie przez Odwołującego w treści oferty zobowiązania do wykonania audytów w terminach – 76 dni roboczych. Termin ten został wskazany w odniesieniu do zobowiązań, które stanowiły w tym postępowaniu kryteria oceny ofert (§ 13 SIWZ).

Bezsporne pozostawało także to, że podane 76-dniowe terminy wykonania audytów pozostawały w sprzeczności z treścią specyfikacji, która określała maksymalne terminy przeprowadzenia audytów, jako termin nie dłuższy niż 5 dni roboczych (dla audytów po IV kwartale 2016 r.) albo nie dłuższy niż 10 dni roboczych (dla audytów po I, II i III kwartale 2016 r.) - § 5 SIWZ.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp, Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, zawartym w piśmie z dnia 16 marca 2016 r., Zamawiający w sposób szczegółowy odniósł się do braku możliwości zastosowania którejkolwiek z ww. przesłanek dla dokonania poprawienia oferty Odwołującego. Odwołujący postawił przy tym zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i w tym też zakresie Izba władna była dokonać oceny przypisywanych Zamawiającemu zaniechań. Analiza sprawy nakazywała ocenę, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego źródłem decyzji Zamawiającego było przede wszystkim uznanie, że całościowa analiza treści oferty nie dawała podstaw do dokonania poprawy oraz, że zaistniałej niezgodności/omyłki nie można zakwalifikować, jako niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. W swojej argumentacji Odwołujący starał się przy tym wykazać, że wypełnienie pierwszej z przesłanek zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. fakt zaistnienia omyłki, winno być uznane za oczywiste i nie podlegające weryfikacji (vide: protokół z rozprawy: *„Oдноście kwestii omyłki to zamawiający nie ma wątpliwości, że wpisanie 76 dni stanowiło omyłkę. Istota sporu sprowadza się do tego czy omyłka podlegała poprawie i czy poprawa prowadziaby do istotnej zmiany treści oferty”*).

Izba nie uznała jednak, by zaistnienie omyłki było w tej sprawie rzeczywiście okolicznością pozostającą poza przedmiotem rozważań. Przeciwnie, w ocenie Izby, w realiach niniejszej sprawy, nie można mówić o zaistnieniu tej podstawowej okoliczności, która otwierałaby możliwość dalszej oceny, co do możliwości bądź braku możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – a mianowicie nie można uznać, by sytuacja polegająca na podaniu wartości 76 dni roboczych była wynikiem omyłki Odwołującego.

Za omyłkę należy uznawać podanie informacji innej niż zamierzona, informacji nieoddającej rzeczywistej woli jej autora w chwili składania danego oświadczenia. Za omyłkę nie powinno być uznawane działanie polegające na podaniu wadliwej informacji tylko z tego względu, że informacja ta pozostaje w niezgodności z treścią specyfikacji. Wadliwość danej informacji może wynikać nie tylko z faktu omyłkowego wpisania oświadczenia odbiegającego od rzeczywistego zamiaru jej autora, ale może również wynikać z faktu podania danej informacji w sposób zamierzony, gdy sama wadliwość tej informacji jest wyłącznie konsekwencją niewłaściwego odczytania treści specyfikacji (a nie konsekwencją działania omyłkowego). Innymi słowy, dane oświadczenie może być wadliwe z tego względu, że zostało złożone w wyniku błędnego zrozumienia treści specyfikacji, co nie oznacza automatycznie, że po stronie wykonawcy zaistniała faktycznie omyłka. W chwili składania danego oświadczenia wykonawca składa je bowiem świadomie, a źródłem wadliwości informacji nie jest jej omyłkowe wpisanie (odbiegające od rzeczywistej woli wykonawcy), lecz jest nim błędne zrozumienie treści specyfikacji.

Dokumentacja niniejszego postępowania nakazuje przyjęcie wniosku, że Odwołujący podając w ofercie terminy 76-dniowe czynił to świadomie, a nie omyłkowo. Jedyna omyłka, jaka miała tu miejsce, to omyłka polegająca na błędnej interpretacji specyfikacji, a nie na wpisaniu liczby dni innej niż zamierzone. W ocenie Izby taki wniosek należało wprost wyprowadzić z treści wyjaśnień wykonawcy z dnia 10 lutego 2016 r. W przedmiotowych wyjaśnieniach Odwołujący stwierdził bowiem, że – cytując – *„Wykonawca zinterpretował zapis dot. wykonania terminów, iż należy wpisać łączną ilość dni roboczych zgodnie z podsumowaniem tabeli str. 8 i 9 oferty”*. W wyjaśnieniach podano więc, że zaistniały stan rzeczy był w istocie konsekwencją przyjętej przez wykonawcę błędnej interpretacji specyfikacji. W momencie składania oświadczenia o 76-dniowym terminie wykonawca nie działał więc omyłkowo, co do zamiaru wpisania takiej właśnie wartości (skoro pozostawał w przekonaniu, że tak należy właśnie postąpić, tj. że należy wpisać łączną ilość dni roboczych). W konsekwencji nie miała miejsce taka sytuacja, że wykonawca zamierzał wpisać liczbę 3 dni roboczych, ale omyłkowo wpisał liczbę 76 dni roboczych. Przeciwnie, treść wyjaśnień nakazuje przyjęcie stanowiska, że liczbę 76 dni roboczych wpisano świadomie, według przyjętego przez wykonawcę rozumienia treści specyfikacji.

W ocenie Izby po otrzymaniu wezwania Odwołujący podjął próbę konwalidowania swojego błędu wynikającego z niewłaściwego zrozumienia specyfikacji i dążył do zamiany treści swojego pierwotnego oświadczenia na całkowicie nowe oświadczenie, odpowiadające treści specyfikacji. Nastąpiła więc w konsekwencji niedozwolona zmiana treści oferty.

Należy wskazać, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. dopuszcza poprawienie treści oferty jedynie w przypadku popełnienia przez wykonawcę omyłki, nie zaś celowego sporządzenia treści oferty w brzmieniu sprzecznym z wymaganiami określonymi w SIWZ. Takie stanowisko Izba wyraziła m.in. w tezie wyroku z dnia 14 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1329/15.

Nawet, gdyby przyjąć korzystne dla Odwołującego spojrzenie, że w tej sprawie doszło do omyłki, to zdaniem Izby, omyłka ta nie mogła zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba w tym zakresie w całości podziela argumentację Zamawiającego, przyjmując ją w konsekwencji za własną.

Przede wszystkim krytycznie należało ocenić wywody Odwołującego, że wszystkie informacje pozwalające na poprawienie oferty wynikały z treści samej oferty. Zamawiający trafnie wskazywał, że nie było tu automatu między wartościami z załącznika 6a do SIWZ, a wartościami podawanymi przez wykonawców w treści swoich ofert. W tym zakresie wykonawcy dysponowali swobodą w określeniu w ofercie terminów, byleby mieściły się one w widełkach wynikających ze specyfikacji, a więc by uwzględniały dolny próg – nie krótszy od terminów wskazanych w załączniku nr 6a, oraz by nie przekraczały terminów granicznych określonych w specyfikacji.

Możliwość przeniesienia samodzielnie przez Zamawiającego wartości z załącznika nr 6a do treści oferty mogłaby wystąpić, w ocenie Izby, jedynie w sytuacji, gdyby wartości z załącznika nr 6a w ofercie danego wykonawcy pokrywały się z terminami granicznymi określonymi w specyfikacji (odpowiednio 5 i 10 dni). W innej sytuacji, oczekiwanie, że Zamawiający za wykonawcę sprecyzuje w ofercie terminy wykonania audytów – przykładowo przyjmie, że skoro najdłuższym terminem z załącznika jest termin 3 dniowy, to także jest to termin deklarowany w ofercie, a nie np. termin 4, czy 5 dniowy (które to terminy także mieszczą się w widełkach specyfikacji) prowadziłoby do tego, że to Zamawiający kreowałby ostateczne oświadczenie wykonawcy – takie zaś ostateczne oświadczenie winno wynikać z treści samej oferty, co w tej sprawie nie miało miejsca.

Najdłuższy termin z załącznika nr 6a do SIWZ nie musiał więc stanowić jednocześnie terminu podawanego w treści formularza ofertowego. Terminy podawane w ofercie wykonawcy musieli przy tym dostosować do swoich rzeczywistych możliwości, w tym przewidywanej organizacji pracy. W zależności od tych możliwości wykonawcy mogli więc podać terminy dłuższe niż najdłuższy termin podany w załączniku nr 6a. Zamawiający nie mógł więc samodzielnie zdecydować, w imieniu Odwołującego, w jakim terminie wykona on wszystkie audyty po każdym z kwartałów i dokonać w treści oferty poprawy.

Krytyczną ocenę, co do twierdzeń o możliwości samodzielnej poprawy, w tym twierdzeń, iż z oferty miały wynikać wszelkie informacje niezbędne do dokonania poprawy, uzasadnia również fakt, że Odwołujący – zgodnie z przedstawioną argumentacją – miał przyjąć konstrukcję oferty polegającą na podaniu w ofercie liczby zespołów w takim wymiarze, by uzyskać maksymalną liczbę punktów w kryterium oceny ofert, która to liczba miała nie odzwierciedlać liczby przewidywanej do faktycznej realizacji zamówienia (ta ostatnia miała zostać zwiększona na etapie realizacji zamówienia, tak by sprostać konieczności wykonania audytów w terminie 3 dniowym). Zamawiający – w świetle tych wywodów – miał więc nie tylko uznać, że wykonawca deklaruje termin 3 dniowy (a nie np. dłuższy), ale miał także uznać, że będzie to właśnie termin 3 dniowy, gdyż na etapie realizacji zamówienia wykonawca planuje zwiększenie rzeczywistej liczby zespołów. Na rozprawie stronie zgodziły się, że termin 3-dniowy, przy podanej w ofercie Odwołującego liczbie zespołów, jest terminem nie pozwalającym na wykonanie audytów. Zamawiający złożył analizę, która obrazowała brak możliwości realizacji audytów w terminie 3 dni. Odwołujący, w odpowiedzi na pytanie, czy jest to okoliczność sporna wskazał, że *„istota leży gdzie indziej, a mianowicie, że odwołujący planował realizację audytu z większą liczbą zespołów. Zgadza się, że jeżeli ocenę ograniczyć by do tego czy 12 zespołów może przeprowadzić audyt w terminie 3 dni to byłoby to niemożliwe, ale tak jak podkreśla to nie jest istota sporu”* (vide: protokół z rozprawy). Z żadnej części oferty Odwołującego, ani z treści wyjaśnień z dnia 10 lutego 2016 r. nie wynika

natomiast, że Odwołujący planował realizację audytu większą liczbą zespołów. Z jednej więc strony Odwołujący argumentował, że Zamawiający miał informacje pozwalające na dokonanie poprawki poprzez przyjęcie 3 dni w miejsce 76 dni, zgadzał się następnie, że przy podanej liczbie zespołów termin 3 dniowy był nierealistyczny, podstawa jego przyjęcia miała bowiem wynikać z założeń, co do zwiększenia liczby zespołów na etapie realizacji zamówienia, które to założenie nie mogło być, w ocenie Izby, znane Zamawiającemu na etapie oceny ofert, ani nie zostało uwypuklone w treści złożonych wyjaśnień. Na rozprawie Odwołujący argumentował także, że *„Zamawiający uznał, że trzeba by 4 dni do realizacji zamówienia przy przyjęciu tylko 12 2-osobowych zespołów. Z tą wiedzą zamawiający nic nie zrobił, powinien wyjaśnić to wykonawcy o co chodzi z zespołami. Nawet przy przyjęciu 4 dni oferta odwołującego byłaby i tak najkorzystniejsza”* (vide: protokół z rozprawy). Z powyższego należy wnioskować, że poprawienie omyłki mogłoby przyjąć dla Odwołującego nawet postać wpisania 4 dni (pomimo argumentowania, że wyjaśnienia i treść oferty, w tym treść załącznika nr 6a miały dawać podstawy do przyjęcia 3 dni). W ocenie Izby, Odwołujący dążył do ukształtowania swojej oferty tak, by była ona ostatecznie zgodna z treścią specyfikacji i najkorzystniejsza w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, niezależnie czy miałyby to nastąpić poprzez wpisanie 3 czy 4 dni. Zamawiający miałby więc „wybierać” termin dogodny wykonawcy i pozwalający na wybór jego oferty. Samo zasygnalizowanie, że terminem z oferty mógłby być także termin 4 dniowy dodatkowo uzasadniało krytyczną ocenę argumentacji Odwołującego – która w istocie nie broniła już tezy, że wykonawca omyłkowo nie wpisał terminu 3 dni, lecz nakierowana była na doprowadzenie do wpisania jakiegokolwiek możliwego terminu, przy którym oferta Odwołującego pozostawała najkorzystniejsza.

Izba podziela także stanowisko Zamawiającego, że dokonanie zmiany w sposób postulowany przez Odwołującego prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty, jak również do uprzywilejowania Odwołującego kosztem konkurentów. Po otwarciu ofert, znając treść zobowiązań innych wykonawców, Odwołujący mógłby bowiem – za pośrednictwem Zamawiającego – dostosować w istocie terminy swojej oferty w sposób korzystniejszy niż uczynili to konkurencyjni wykonawcy. Zamawiający zaś, nie posiadając informacji pozwalających rzeczywiście uznać, że doszło do omyłki, że omyłka ta miała polegać na nie wpisaniu 3 dni roboczych, miałby kreować treść oświadczenia woli Odwołującego, w dodatku w zakresie podlegającym punktacji w ramach kryteriów oceny ofert.

W związku z powyższym, uznając trafność argumentacji Zamawiającego, Izba nie znalazła podstaw do uznania zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 1 w związku z art. 87 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp także nie zasługiwał na uwzględnienie. Izba uznała przy tym, że Zamawiający niejako dodatkowo wskazał

alternatywną podstawę odrzucenia oferty. Już pierwsza z podstaw prawnych odrzucenia oferty była bowiem w pełni wystarczająca. Skoro bowiem Zamawiający uznał trafnie, że nie może poprawić wskazanej w ofercie liczby 76 dni, zaś wprowadzenie terminu 3-dniowego pozostawałoby w sprzeczności z zakazem zmiany oferty, to jest to równoznaczne z tym, że Zamawiający uznał, że wykonawca nie oferował terminu 3-dniowego – a więc ocena, co do możliwości wykonania audytów w tym terminie 3-dniowym była oceną podjętą w istocie z ostrożności. Izba podzieliła tą ocenę w całości.

Zdaniem Izby, podstawowym i oczywistym obowiązkiem po stronie wykonawcy było to, by dla zapewnienia zgodności swojej oferty ze specyfikacją, podać w jej treści taką liczbę zespołów, która w korelacji ze wskazanymi terminami wykonania audytów, pozwoli na wnioski o możliwości dochowania tych terminów, a więc także o możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji. Zamawiający musiał oceniać tą możliwość na podstawie tego, co prezentowała oferta – nie zaś na podstawie przyszłych założeń wykonawcy, nieodzwierciedlonych w treści oferty, w dodatku założeń nie pozostających w wyłącznej gestii wykonawcy.

Izba nie podzieliła argumentu Odwołującego, iż wykonawca nie miał obowiązku wykazania w ofercie wszystkich osób, które dedykuje do zamówienia. Całościowa analiza treści specyfikacji, w tym załączników stanowiących o osobach, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, jak również konieczność wzięcia pod uwagę – przy podaniu terminu realizacji audytów – zarówno liczby tych osób, liczby osobodni i liczby dni roboczych, nakazuje wniosek, że oferta musiała stanowić zamkniętą całość. Liczba podanych zespołów musiała więc korelować z terminami podanymi w ofercie, jak i w załączniku nr 6a – tak, by można uznać zgodność oferty z treścią specyfikacji, w tym by można było w ogóle uznać możliwość wykonania zamówienia zgodnie z jej wymogami. Innymi słowy, liczba zadeklarowanych przez wykonawcę zespołów musiała przede wszystkim dawać podstawę do uznania realności terminów podanych w treści oferty. Izba uznała zasadność stanowiska Zamawiającego, że związek między przedstawionymi przez Odwołującego osobami, które będą realizować audyty, a danymi przedstawionymi w załączniku 6a, jest oczywisty.

Odwołujący nie dowodził tezy, że podana w ofercie liczba zespołów jest wystarczająca, a jedynie forsował tezę, iż liczba zespołów miała znaczenie tylko w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu i możliwych do otrzymania punktów. W świetle argumentacji Odwołującego niewystarczająca do wykonania audytów w określonym terminie (zgodnie z treścią odwołania – w terminie 3-dniowym) liczba zespołów miała pozostawać bez znaczenia w kontekście zgodności oferty z treścią specyfikacji, gdyż na etapie realizacji zamówienia wykonawca mógł i miał planować zwiększenie docelowej liczby zespołów. Jak wskazano wcześniej, Izba nie podzieliła tego kierunku argumentacji. Zamawiający musiałby bowiem oceniać ofertę, a więc uznawać również, że oferta

gwarantuje możliwość wykonania zamówienia zgodnie z warunkami specyfikacji, na podstawie informacji w ogóle nie zawartych w treści oferty.

Izba zauważa przy tym, że w zakresie omawianego zarzutu spór w dużej mierze koncentrował się na wykładni specyfikacji, w tym wykładni treści wzoru umowy. W § 3 pkt 2 wzoru umowy (załącznik nr 7 do SIWZ), Zamawiający wskazał wprost, że usługi w ramach realizacji przedmiotu umowy mogą być świadczone wyłącznie przez osoby wskazane w ofercie wykonawcy. Już ten zapis winien być dla wykonawcy wystarczający do przyjęcia obowiązku podania w ofercie wszystkich osób, które miały tworzyć zespoły wykonujące audyty. W § 3 pkt 6 wzoru umowy Zamawiający przewidział możliwość zwiększenia liczby osób wykonujących przedmiot zamówienia, bez dodatkowego prawa do wynagrodzenia. Zapis ten nie może jednak stanowić podstawy do uznania, że na etapie oceny ofert nie należało podać takiej liczby zespołów, która będzie korelować z terminami wykonania audytów. Zwiększenie liczby zespołów odnosi się do etapu realizacji, dodatkowo warunkowane jest zgodą Zamawiającego. Trafnie argumentował Zamawiający, że *„Na etapie realizacji zamówienia w § 3 ust 6 wzoru umowy zamawiający dał możliwość zwiększenia personelu, jest to podejście racjonalne ale nie można tego przenosić na etap oceny ofert i wymagać od zamawiającego by rozważał czy i jakie dodatkowe osoby wykonawca może zechce zaproponować”* (vide: protokół z rozprawy).

W niniejszej sprawie Odwołujący nie zadawał pytań dotyczących treści specyfikacji. Prezentowanie na obecnym etapie własnej wykładni specyfikacji – nie zasługującej przy tym na uznanie – nie mogło stanowić argumentu przeciwko zasadności stanowiska Zamawiającego.

Izba nie uznała także zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. To zaakceptowanie stanowiska Odwołującego mogłoby doprowadzić do naruszenia zasad wynikających z przedmiotowej normy prawnej.

Reasumując, w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył żadnego z przepisów powołanych w treści odwołania, a odrzucenie oferty Odwołującego było czynnością prawidłową i w całości uzasadnioną okolicznościami niniejszej sprawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, zaliczając w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (§ 3 pkt 1 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: