

Sygn. akt: KIO 2167/17  
KIO 2169/17

**WYROK**  
z dnia 2 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska  
**Protokolant:** Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 października 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2017r. przez:

- A. **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum W. Z. K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w I., ul. (...) i T. Z. G. Z. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w T., ul. (...)**
- B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B., ul. (...) i D. C. Z. G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C., Al. (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Centralną Komisję Egzaminacyjną z siedzibą w W., ul. J. (...)**

przy udziale :

- A. **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum W. Z. K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w I., ul. (...) i T. Z. G. Z. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w T., ul. (...)** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2169/17 po stronie zamawiającego
- B. **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B., ul. (...) i D. C. Z. G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C., Al. (...)** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2167/17 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum W. Z. K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w I., ul. (...) i T. Z. G. Z. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w T., ul. (...) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, nakazuje dokonanie poprawy oferty odwołującego przez zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i powtórzenie czynności oceny ofert w celu ustalenia, która z ofert powinna być oceniona jako najkorzystniejsza z udziałem oferty odwołującego,
2. Uwzględnia odwołanie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B., ul. (...) i D. C. Z. G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C., Al. (...) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i powtórzenie czynności oceny ofert w celu ustalenia, która z ofert powinna być oceniona jako najkorzystniejsza z udziałem oferty odwołującego,
3. Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Centralną Komisję Egzaminacyjną z siedzibą w W., ul. (...)
  - 3.1 Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 30 000 zł. 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tytułem wpisów od odwołań Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum W. Z. K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w I., ul. (...) i T. Z. G. Z. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w T., ul. (...) i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B., ul. (...) i D. C. Z. G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C., Al. (...)
  - 3.2 Zasądza od Skarbu Państwa – Centralnej Komisji Egzaminacyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. (...) na rzecz Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum W. Z. K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w I., ul. (...) i T. Z. G. Z. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w T., ul. (...) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów wpisu i zastępstwa prawnego,
  - 3.3 Zasądza od Skarbu Państwa – Centralnej Komisji Egzaminacyjnej z siedzibą

**w Warszawie, ul. (...) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B., ul. (...) i D. C. Z. G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C., Al. (...) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów wpisu i zastępstwa prawnego**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) 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:** .....

**Sygn. akt: KIO 2167/17**  
**KIO 2169/17**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2018 roku: egzaminu gimnazjalnego, egzaminu maturalnego, centralnego egzaminu wstępnego, egzaminu eksternistycznego zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 sierpnia 2017r. za numerem 2017/S 154-318906.

W dniu 16 października 2017r. zamawiający poinformował o odrzuceniu dwóch złożonych w postępowaniu ofert i o unieważnieniu postępowania.

#### **Sygn. akt KIO 2167/17**

W dniu 16 października 2017r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum W. Z. K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. (...), D. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w I., ul. (...) i T. Z.G. Z. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w T., ul. (...) – dalej odwołujący W. Z. K. złożyli odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 października 2017r. udzielonego przez wszystkich członków konsorcjum i podpisanego przez osoby upoważnione do reprezentacji, każdego z członków konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS-ach załączonych do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 października 2017r.

Odwołujący W. Z. K. zarzucił czynnościom zamawiającego naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - uznanie, że oferta odwołującego W. Z. K. jest niezgodna z treścią siwz z uwagi na przedziurkowanie poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r., a w konsekwencji naruszenie art. 92 ust 1 pkt 7 i art. 93 ust. 3 ustawy przez uznanie, że zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania;

2. art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy - przez zaniechanie poprawy omyłki oferty w poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. - w sytuacji gdy z załączonej do oferty płyty CD, jak i z samej treści ww. formularza zamawiający mógł powziąć wiedzę jak dokonać poprawy w poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r.;

3. art. 87 ust 1 ustawy - przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień odwołującego W. Z. K. w

zakresie przedziurkowanych, a zatem niewidocznych wartości poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r.;

4. art. 87 ust. 2 pkt i) ustawy - przez zaniechanie poprawy omyłki oferty w poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. -w sytuacji gdy z samej treści ww. formularza zamawiający mógł powziąć wiedzę jak dokonać poprawy w poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r.;

5. a także, na wypadek gdyby konsorcjum S. Sp. z o.o. oraz D. C. Z. G. Sp. z o.o. złożyło odwołanie na czynność odrzucenia własnej oferty: art 24 ust 2 pkt 16 ustawy - przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum S. Sp. z o.o. oraz D. C. Z. G. Sp. z o.o. z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący W. Z. K wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego W. Z. K;
2. dokonania czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego W. Z. K;
3. wezwanie do wyjaśnień odwołującego W. Z. K w trybie art. 87 ust. 1 ustawy w zakresie wartości poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r., a następnie dokonanie poprawy poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. (w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1) i/lub 3) ustawy );
5. dokonania wyboru oferty odwołującego W. Z. K jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący W. Z. K wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy interes odwołującego W. Z. K w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Ponadto, odwołujący W. Z. K może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy .

Na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, odwołujący W. Z. K jako wykonawca, który złożył ofertę zgodną z siwz został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W szczególności odrzucenie oferty odwołującego W. Z. K pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia.

W przypadku uznania przez KIO zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący W. Z. K będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia (jego oferta ukłasyfikuje się na pierwszej pozycji cenowej).

Powyżej wskazane okoliczności czynią zadość wymaganiom - określonym w art. 179 ust. 1 ustawy - do wniesienia niniejszego odwołania.

W dniu 6 października 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu ich ofert i unieważnieniu postępowania. Jak wskazał zamawiający w treści uzasadnienia o odrzuceniu oferty odwołującego W. Z. K: do oferty odwołującego W. Z. K załączono wypełniony formularz cenowy sporządzony zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 1a do formularza oferty, który nie pozwala dla poz. 58, 103 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r, odczytać wartości w nim wskazanych. Jak wskazał zamawiający - taki stan rzeczy wynika ze sposobu przygotowania przez odwołującego W. Z. K oferty, który bindując ofertę przedziurkował (wyciął) w poz. 58,103 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r, dane. Zamawiający uznał, że pozycje te należy uznać za pozycje brakujące, natomiast Formularz Cenowy w ww. zakresie za niewypełniony. Zamawiający uznał, że nie miał możliwości konwalidacji ww. wady formularza cenowego w załączoną do oferty płytą CD (na której były zapisane wszystkie formularze w wersji elektronicznej).

Odwołujący wskazał, iż nieprawidłowości w ofercie odwołującego W. Z. K mają charakter omyłki i w związku z tym podlegają poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - czego w niniejszej sprawie zamawiający zaniechał.

Inne omyłki, o których mowa we wskazanym przepisie prawa występują w tzw. formularzu cenowym (lub np. w kosztorysie ofertowym), będącym częścią składową oferty. Jest on składany przez wykonawców w przypadku określenia wynagrodzenia kosztorysowego za wykonanie zamówienia. Jeżeli cena ofertowa jest wynagrodzeniem kosztorysowym to formularz cenowy/kosztorys ofertowy stanowi istotną część oferty. W takim przypadku formularz cenowy/kosztorys podlega pod dyspozycję art. 87 ust. 1 i 2 pkt 1-3 ustawy .

Odwołujący W. Z. K zauważył, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności. Do poprawienia omyłek w treści oferty konieczne jest łączne spełnienie się następujących przesłanek: po pierwsze - ustalenia, że stwierdzona niezgodność treści oferty z postanowieniami siwz ma charakter omyłki, po drugie - ustalenia, iż poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian treści złożonej oferty – tak Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009r., sygn. akt 16/09; oraz wyrok KIO z dnia 3 września 2010 r., sygn. akt: 1796/10

Celem sformułowania możliwości poprawy tego rodzaju omyłek było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika ogólny zamiar prawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Takie ujęcie zagadnienia wynika z uzasadnienia do

nowelizacji ustawy z dnia 4 września 2008r. Podano w nim, iż obowiązek poprawienia innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 "[.] nadającymi się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejszy podlegają odrzuceniu z powodu błędów rachunkowych w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł [..] Powyższy prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami". Wprowadzenie omawianej regulacji skomentował również Sąd Okręgowy w Krakowie, Skład orzekający stwierdził, iż "art. 87 ust. 2 pkt 3 wprowadzony został celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucenia ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niemierzalnych, opuszczeń, drobnych różnic itd., lecz wszystkie te zmiany muszą się mieścić w pojęciu omyłki" – tak Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09, publ. LEX nr 558176.

Z powyższego wynika, że intencją prawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. Prawodawca użył jednak pojęcia nieostrego, tj.: "omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty" tworząc normę o charakterze ocennym. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 nie zawiera jakiegokolwiek ograniczenia co do rodzaju lub zakresu elementów oferty, których może dotyczyć inna omyłka niepowodująca istotnych zmian treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka umożliwiała zamawiającemu na dokonanie poprawy formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. (nr 58,130 i 205), Zdaniem odwołującego W. Z. K - poprawienie trzech pozycji formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. (tj. poz. 58, 130 i 205) nie wymagało żadnych poważniejszych zabiegów interpretacyjnych, lecz prostego przeniesienia jednoznacznie sformułowanych cen jednostkowych zaoferowanych przez odwołującego W. Z. K zarówno z samego formularza cenowego (w wersji papierowej), jak i z formularza cenowego zapisanego na płycie CD. Zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt XI.3 siwz "Wypełnione i podpisane Formularze cenowe — wg wzorów wskazanych w punkcie 2, należy złożyć do oferty w formie oryginalnych wydruków papierowych oraz dodatkowo na płycie CD (wykonane w sposób możliwy do odczytania w programie MS Excel). Podstawą oceny zamawiającego będą jedynie oryginalne formularze cenowe złożone w formie papierowej. Ich brak stanowi podstawę do odrzucenia oferty", Zgodnie z pkt XI.4 siwz "Formularze cenowe zamieszczone na płycie CD, nie będą oceniane, a ich brak nie będzie stanowił podstawy do odrzucenia oferty i będzie mógł być uzupełniony dla celów pomocniczych przy sprawdzeniu wyliczeń rachunkowych ceny oferty. W siwz wskazuje się, że formularze

cenowe zawarte na płycie CD nie będą oceniane. Nie znaczy to jednak, że należy zupełnie ignorować dane z nich wynikające. Nie oznacza to również, iż nie można posiłkowo — w ograniczonym, nieznacznym zakresie — kierować się treścią formularzy zamieszczonych na płycie CD dla dokonania poprawy oczywistej omyłki, niecelowej, wynikającej tylko z technicznego defektu. Wręcz przeciwnie - skoro zamawiający żądał załączenia do oferty płyty CD z wszystkimi formularzami cenowymi - to zapewne po to, żeby dokonać sprawnej i rzetelnej oceny ofert. Informacje zawarte na płycie CD nie powinny być zatem lekceważone przez zamawiającego.

Oznacza to zdaniem odwołującego W. Z. K, iż zamawiający dopuścił możliwość analizowania również dokumentów złożonych w formie elektronicznej. Tym bardziej, iż z brzmienia pkt XI.3 siwz można wywnioskować, że formularze cenowe zapisane na płycie CD służą do " celów pomocniczych przy sprawdzeniu wyliczeń rachunkowych ceny oferty".

Powyższe według odwołującego W. Z. K oznacza, że formularze cenowe zapisane na płycie CD miały służyć pomocą w razie potrzeby sprawdzenia wydruków — ich celem miało być właśnie sprawdzenie wyliczeń rachunkowych ceny oferty.

Na uwagę zasługuje też, że zapisane w wersji elektronicznej formularze cenowe, mimo że nie były wymagane pod rygorem odrzucenia, nie traciły przez to waloru formularza oferty.

Z przytaczanego pkt XI.3 siwz wynika bowiem, że "wypełnione i podpisane Formularze cenowe — wg wzorów wskazanych w punkcie 2, należy złożyć do oferty w formie oryginalnych wydruków papierowych oraz dodatkowo na płycie CD". Zatem zarówno formularz w formie wydruku papierowego, jak i formularz zapisany na płycie CD były formularzami ofertowymi; dla obu z nich zamawiający wymagał też jednego wzoru.

Odwołujący W. Z. K nie może zatem się zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego (wyrażonym w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 6 października 2017r.), że nie istnieje możliwość konwalidacji wady w postaci przedziurkowanych pozycji formularza cenowego przez zestawienie brakujących danych (w wersji papierowej) z danymi zawartymi na płycie CD. Jeżeli zamawiający był w posiadaniu narzędzia (tj. płyty CD z wszystkimi formularzami cenowymi) umożliwiającego mu weryfikację poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. to zamawiający powinien z tego narzędzia skorzystać. Jeżeli zamawiający nadal miałby jakieś wątpliwości co do ceny jednostkowych zaoferowanych w poz. 58, 130 i 205 ww. formularza cenowego to powinien skorzystać z instytucji określonej w art. 87 ust. 1 ustawy (o czym szerzej w dalszej części odwołania). Nawet jeżeliby uznać, że omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez weryfikacji innych dokumentów załączonych do oferty, a w niniejszym przypadku płyty CD (z czym odwołujący W. Z. K się nie ) - to odwołujący W. Z. K wskazuje, że zamawiający miał możliwość poprawić omyłki również na podstawie treści oferty złożonej



przez odwołującego W. Z. K.

Innymi słowy, zgodność każdej z przedziurkowanych pozycji formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. można było zweryfikować również bez brania pod uwagę informacji zawartych na załączonej do oferty płycie CD. Ceny jednostkowe w poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r., które powinny zostać poprawione przez zamawiającego wynikają wyraźnie z innej w innej części ww. formularza cenowego.

W przypadku poz. 58 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. wskazać należy, że zamawiający posiadał wiedzę, że oferta odwołującego W. Z. K jest przygotowana w ten sposób, że wszystkie arkusze posiadające tą samą objętość (tj. ilość stron) posiadają takie same ceny jednostkowe wskazane w kolumnach VI-XII (niezależnie od ilości nakładu), a zatem również i taką samą średnia arytmetyczna cen jednostkowych dla nakładów z kolumny VI-XII, która to cena dla arkuszy identycznych jak arkusz w poz. 58 (czyli 12 stron + zakładka) wynosi: 1,70 zł; 1,60 zł i 1,64 zł.

Powyższe obrazuje sposób przygotowania oferty odwołującego W. Z. K. Wyciąg z załącznika nr 1a do formularza ofertowego jest następujący:

Co do możliwości poprawy poz. 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. wskazać należy, że zamawiający posiadał wiedzę, że wszystkie ceny jednostkowe wskazane w kolumnach VI-XII (niezależnie od ilości nakładu), a zatem również i średnia arytmetyczna cen jednostkowych dla nakładów z kolumny VI-XII - za usługę związaną wyłącznie z zapakowaniem i dystrybucją materiałów dostarczanych przez CKE - cena wynosi 1 zł.

Powyższe obrazuje sposób przygotowania oferty odwołującego W. Z. K, który odwołujący zobrazował tabelarycznie. Konieczne jest również zauważenie, że nie wszystkie z kolumn VI - XV poz. 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. zostały przedziurkowane. Tytułem przykładu w poz. 130 widoczna była cała kolumna XII, XIII i XV. Co tym bardziej - umożliwiło zamawiającemu dokonanie poprawy omyłki w ofercie odwołującego W. Z. K.

Postępowanie jest bardzo zbliżone do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2017 roku: egzaminu gimnazjalnego, egzaminu maturalnego, centralnego egzaminu wstępnego, egzaminu eksternistycznego nr CKE/4/2017 przeprowadzonego przez zamawiającego w ubiegłym roku, a w którym członkowie odwołującego W. Z. K również składali ofertę. Istotne znaczenia ma fakt, że załącznik nr 1a do formularza ofertowego był identyczny w dwóch ww. postępowaniach. Co więcej, nawet sposób przygotowania oferty cenowej dla poz. 130 i 205 czyli dla usługi konfekcjonowania, pakowania i dystrybucji materiałów dostarczanych przez CKE był taki sam (w ofercie z 2016r. cena jednostkowa

wynosiła 3,00 zł - w każdej kolumnie od VI - XV, a w ofercie 2017r. cena jednostkowa wynosiła 1,00 zł - w każdej kolumnie od VI - XV). Zatem zamawiającemu był doskonale znany sposób przygotowywania oferty przez odwołującego W. Z. K - co stanowi kolejny argument o łatwości w dokonaniu poprawy oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Poprawienie braku wywołanego niezawinioną techniczną usterką w kontekście całej oferty, składającej się z kilku obszernych formularzy cenowych (co ważne - sporządzonych również w wersji elektronicznej) - w żaden sposób nie spowodowałoby istotnej ingerencji w treść oferty odwołującego W. Z. K. Jeżeli dodatkowo zamawiający miał wiedzę, w jaki sposób powinien poprawić te niezgodności - to w konsekwencji miał obowiązek do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy .

Przed dokonaniem poprawy poz. 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. możliwe było również wezwanie odwołującego W. Z. K do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Wyjaśnienia złożone na podstawie ww. przepisu prawa mogą dotyczyć wszystkich aspektów oferty, które są niejasne czy też budzą wątpliwości zamawiającego. Przepisy ustawy nie stawiają żadnych ograniczeń co do zakresu merytorycznego, jak i ilości skierowanych wezwań do wyjaśnień, Z jednym zastrzeżeniem, tj. wyjaśnieniu na tej podstawie podlega tylko treść oferty.

W odniesieniu do regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zauważa się, że możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty, przyjmując, że „skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust 1 ustawy może. być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również ustalenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić. Należy odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zabawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Z uwagi na "nieoczywisty" charakter "innych omyłek", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione.

Odwołujący W. Z. K uważa, że "przedziurkowanie"/"wycięcie" formularza cenowego w poz. 58. 130 i 205 można zakwalifikować również jako oczywistą omyłką pisarską (art. 87 ust. 2 pkt 1 . Jest to pojęcie ustawowe, lecz niezdefiniowane w krajowym systemie prawnym. Dlatego też, dla określenia jego znaczenia należy posługiwać się dotychczasową wykładnią dokonywaną przez judykaturę i komentatorów prawa zamówień publicznych. Składy orzekające KIO definiują to pojęcie w następujący sposób:

— „Oczywistą omyłką pisarską jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka w tekście. Za

oczywistą omyłkę pisarską uznaje się również omyłkę która nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów, stanowiących zawartość treści oferty”

"Oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przykręceniu, opuszczeniu wyrazy, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej [.]"

„Oczywista omyłka pisarska jest to nie tylko fizyczne uprowadzenie omyłkowego zapisu w treści oferty, który nasuwa się samoczynnie przez ogląd danego dokumentu. Oczywista omyłka pisarska polega również na pominięciu określonego zapisu, w szczególności przez techniczne, często komputerowe i automatyczne przesunięcie tekstu czy pominięcie fragmentu tekstu, który - jak wskazuje kontekst i całość dokumentu —powinien znaleźć się w danym dokumencie

Zresztą przybliżone rozumienie omyłek pisarskich funkcjonuje w orzecznictwie innych sądów. Tytułem przykładu Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 23 kwietnia 2001r. zważył iż „błąd pisarski - to widoczne, wbrew zamierzeniu (...), niewłaściwe użycie wyrazy, widocznie mylna pisownia albo widoczne niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów Podobne definicje oczywistej omyłki pisarskiej upowszechniają przedstawiciele doktryny. Podobne stanowisko prezentuje doktryna, którą odwołujący obszernie przytacza.

W przypadku przedziurkowania poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. - niedokładność ta była widoczna dla każdej osoby weryfikującej ofertę odwołującego W. Z. K. Istotne jest jednak to, że nawet bez odwoływania się do innych dokumentów istniała możliwość poprawienia ww. nieścisłości. Jak wcześniej wykazano - w poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. zastosowano takie same ceny jednostkowe dla tej samej kategorii usług (tj. arkuszy 12 stron + zakładka oraz dostawy i dystrybucji materiałów dostarczanych przez CKE) - uzasadnienie w pkt 10 - 13 powyżej.

Zamawiający bez ingerencji w merytoryczną treść złożonego oświadczenia woli bądź bez porozumienia z odwołującym W. Z. K lub domniemania jego woli miał możliwość samodzielnie dokonać korekty takiej omyłki.

W przypadku omyłki, która wystąpiła w ofercie odwołującego W. Z. K, a polegającej na "przedziurkowaniu" stron oferty, co w konsekwencji spowodowało częściową niewidoczność poz. nr 58, 130 i 205 załącznika nr 1a do formularza ofertowego - nie można przypisać odwołującemu W. Z. K umyślności lub celowości w złożeniu oferty w taki sposób. Wykonawca w celu spełnienia oczekiwań zamawiającego wskazanych w pkt XIV.5 SIW, zgodnie z którym "Zaleca się ponumerowanie stron i ich spięcie w sposób uniemożliwiający przypadkowe zdekompletowanie" - bindował swoją ofertę i wyłącznie przez nieuwagę dokonał przedziurkowania 2 ze 190 stron. odwołujący W. Z. K że nie miał na jakiegokolwiek

celu wprowadzenia w błąd zamawiającego dokonując przedziurawienia/wycięcia poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. Tym bardziej, że ceny jednostkowe ww. pozycji formularza były również przedstawione na płycie CD, a ponadto ceny jednostkowe była identyczne jak w przypadku innych pozycji ww. formularza cenowego.

O braku celowości w przedziurkowaniu ww. poz. formularza cenowego i chęci odwołującego W. Z. K w zrealizowaniu zamówienia publicznego świadczy wieloletnie, zawsze rzetelne wykonywanie prac na rzecz zamawiającego. Jeżeli odwołujący W. Z. K (lub poszczególni członkowie konsorcjum odwołującego W. Z. K) realizują usługi wręcz identyczne do przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem nieprzerwanie od 2005r. - i deklarują się kontynuować tę współpracę - to oczywiste jest, że odwołujący W. Z. K składając swoją ofertę omyłkowo dokonał błędu, którego poprawa przez zamawiającego w żaden sposób nie wpłynie na treść oferty.

Niezależnie od powyższego, na wypadek gdyby konsorcjum S. Sp. z o.o, oraz D. C. Z. G. Sp. z o.o. złożyło odwołanie na czynność odrzucenia własnej oferty - odwołujący W. Z. K podniósł zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy z uwagi na złożenie nieprawdziwych oświadczeń dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Członek Konsorcjum - S. Sp. z o.o. w formularzu JEDZ wykazała dwie usługi, tj.: dostawę rolek kuponów i blankietów do Totalizatora Sportowego w okresie II 2014 r. do VII 2017 r. na kwotę ponad 21 mln zł oraz druki o wartości 13 387 500 zł w okresie od 1.01.2015 do 31.12.2015 na rzecz D. . GmbH. Z kolei członek konsorcjum C. Z. G. sp. z o.o. wykazał w formularzu JEDZ następującą dostawę: na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej w P. w dniu 13.06.2017 r. w godz. od 17 — 20, polegającą na druku i dystrybucji „Książeczek opłat” za potwierdzeniem odbioru przez adresatów, wskazując że zadanie dotyczyło dystrybucji przesyłek do 6 500 odbiorców, dostarczonych w okresie jednego dnia dystrybucji w określonym, przedziale czasowym nie przekraczającym 3 godzin, z potwierdzeniem odbioru przesyłek przez adresatów.

Tymczasem z informacji powziętych przez odwołującego W. Z. K: Członek Konsorcjum - S. Sp, z o.o. nie świadczył usługi na rzecz Totalizatora Sportowego w okresie i o wartości (w ramach jednej usługi) jakie oświadczył w formularzu JEDZ. Ponadto, odwołujący W. Z. K powziął informację, że członek konsorcjum C. Z. G. sp, z o.o. nie dokonał dystrybucji książeczek za potwierdzeniem odbioru w ciągu jednego dnia i w przeciągu 3 godzin dostarczył je do ok. 6 500 różnych spółdzielców.

Z analizy ww. oświadczenia złożonego przez konsorcjum S. Sp. z o.o. oraz D. C. Z. G. Sp. z o.o. w toku postępowania bezsprzecznie wynika, iż złożyło nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy , tj. celowo wprowadził w błąd zamawiającego podając informacje o swoim doświadczeniu nie znajdujące potwierdzenia w rzeczywistości

(czyli w złożonej przez siebie ofercie), czego niewątpliwie był świadomy. Odwołujący W. Z. K podkreślił, że za zawinione i umyślne należy uznać działanie Konsorcjum, które posiadając precyzyjne informacje dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu składa oświadczenia stojące z nimi w rażącej sprzeczności. Działanie Konsorcjum S. Sp. z o.o. oraz D. C. Z. G. Sp. z o.o. miało więc charakter intencjonalny i zawiniony. Nie można przy tym uznać, że ww. konsorcjum jako profesjonalista, dysponujący kompletną dokumentacją w sprawie spornego zamówienia nie miał możliwości precyzyjnego i właściwego określenia zakresu rzeczowego swojej oferty.

Dodatkowo, należy podkreślić, iż w przypadku gdy wykonawca składa nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy bezspornym w orzecznictwie jest to, iż nie ma możliwości ich sanowania. Zamawiający nie może wówczas wezwać do uzupełnienia oferty przez złożenie informacji niewadliwych. Reasumując, Konsorcjum S. Sp. z o.o. oraz D. C. Z. G. Sp. z o.o. powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy .

W dniu 17 października 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 19 października 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brodnicy, ul. (...) i D. C. Z. G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C., Al. (...). Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez obu członków konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS-ach. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu W. Z. K w dniu 19 października 2017r.

Przystępujący S. wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. W postępowaniu przetargowym prowadzonym przez zamawiającego złożone zostały dwie oferty, tj. oferta odwołującego oraz oferta przystępującego S.. przystępujący S. w dniu 16 października 2017 r. złożył własne odwołanie kwestionując m.in. czynność odrzucenia oferty przystępującego S. i unieważnienia postępowania.

Uwzględnienie odwołania przystępującego S. może spowodować, że oferta przystępującego S. będzie jedyną skutecznie złożoną ofertą w postępowaniu i ofertą najkorzystniejszą. Rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie na niekorzyść zamawiającego będzie miało wpływ na uzyskanie zamówienia przez przystępującego S. i tym samym może spowodować szkodę w postaci utraconych korzyści na skutek braku możliwości realizacji zamówienia. Przystępujący S. posiada również interes w przystąpieniu do postępowania po stronie zamawiającego z uwagi na zarzuty podniesione przez odwołującego W. Z. K, które zmierzają do wykluczenia przystępującego S. z postępowania przetargowego. Zarzuty podniesione przez

odwołującego W. Z. K w odwołaniu z dnia 16 października 2017 roku nie zasługują na uwzględnienie. Z tych względów przystępujący S. wniósł o oddalenie odwołania w zakresie wszystkich wniosków sformułowanych przez odwołującego W. Z. K, za wyjątkiem jednak wniosku o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, który to wniosek jest prawidłowy z uwagi na złożenie uzasadnionego odwołania przez samego przystępującego S.. W opinii przystępującego S. oferta złożona przez odwołującego W. Z. K jest niezgodna z treścią siwz ze względów wskazanych przez zamawiającego, w związku z czym podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy - który miał zostać rzekomo naruszony przez zamawiającego — umożliwia poprawianie oczywistych omyłek pisarskich zaistniałych w złożonej ofercie. Przepis ten — co wynika *expressis verbis* z jego brzmienia — dotyczy wyłącznie „oczywistych omyłek pisarskich”, w związku z czym byłoby nieuzasadnione zastosowanie tego przepisu do innych wad oferty. Z uwagi na powyższe, postawienie w odwołaniu zarzutu naruszenia przedmiotowego przepisu nie może odnieść oczekiwanego przez odwołującego W. Z. K skutku. Przedziurkowanie przez odwołującego W. Z. K pozycji 58, 130 i 205 złożonego formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018 r. nie może być bowiem rozpatrywane w kategorii „omyłek pisarskich”. Wada oferty złożonej przez odwołującego W. Z. K polega na fizycznym uszkodzeniu wydrukowanego egzemplarza oferty a nie na popełnieniu omyłki pisarskiej w trakcie redagowania treści oferty. Z cytowanych przez odwołującego W. Z. K źródeł wynika wprost, że „oczywistymi omyłkami pisarskimi” mogą być tylko różnego rodzaju usterki powstałe podczas redagowania treści oferty. Oczywistą omyłką pisarską nie będzie natomiast nigdy wada oferty polegająca na fizycznym uszkodzeniu wydrukowanego egzemplarza bądź polegająca na przedłożeniu zdekompletowanej oferty (np. brak jednej strony tekstu).

Wykładnia art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy dokonana w odwołaniu na potrzeby sformułowania zarzutu jest wykładnią *contra legem*, czyli wykładnią niezgodną z sensem językowym przepisu I, w związku z czym zarzut sformułowany w oparciu o tak przeprowadzoną wykładnię nie może zostać uznany za uzasadniony. Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z siwz, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Z dotychczasowego orzecznictwa KIO wynikają następujące wskazówki interpretacyjne w zakresie wykładni przedmiotowego przepisu:

1) omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, muszą mieć taki charakter, aby ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy (wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., KIO/UZP 11/09; tak również m.in. uchwała KIO z dnia 20 czerwca 2017 r., KIO/KD 21/17);

2) wiedza zamawiającego umożliwiająca dokonanie poprawienia „innej omyłki”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, powinna wynikać z treści samej oferty (wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r., KIO 2810/11);

3) dokonanie poprawek w ofercie, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy, może być poprzedzone wyjaśnieniami w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, o ile nie są one uzupełnieniem czy zmianą treści oferty. Tryb przewidziany w art. 87 ust. 1 ustawy może być tym samym wykorzystywany przy ustaleniu, czy zaistniała przesłanka z art. 87 ust. 2, w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jego wykorzystanie może dotyczyć jednak wyłącznie uzyskania od wykonawcy wykładni złożonego przez niego oświadczenia woli. Uzgadnianie treści oferty w oparciu o ten przepis objęte jest zakazem ustawowym (wyrok KIO z dnia 5 października 2009 r., KIO/UZP 1324/09).

Podsumowując powyższe wywody przystępujący S. wskazał, że poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy może nastąpić jedynie wtedy, gdy zamawiający może dokonać poprawy samodzielnie w oparciu o treść oferty, a ewentualne wezwanie oferenta do złożenia wyjaśnień może służyć jedynie w celu uzyskania wykładni a nie uzupełnienia treści złożonej oferty.

Odnosząc powyższe spostrzeżenia do stanu faktycznego będącego podstawą do złożenia odwołania przystępujący S. stwierdził, że zamawiający w sposób uzasadniony nie poprawił wad oferty złożonej przez odwołującego W. Z. K. Jak wynika bowiem z okoliczności sprawy oraz uzasadnienia przedstawionego przez zamawiającego, z treści oferty nie wynika wiedza pozwalająca na samodzielne poprawienie złożonej oferty. W pełni uzasadnione jest również stanowisko zamawiającego o braku możliwości poprawiania treści oferty w oparciu o dane niewynikające z oferty (w tym przypadku wynikające z płyty CD). Jako zupełnie chybione według przystępującego S. należy jednocześnie uznać wywody odwołującego W. Z. K. zawarte na stronach 7 — 11 odwołania, w których zarzuca się zamawiającemu, iż nie dokonał uzupełnienia brakujących danych posługując się danymi zawartymi w innych wierszach arkusza (uzupełnienie miało zatem przebiegać niejako na zasadzie analogii) bądź nawet danymi zawartymi w ofercie złożonej przez odwołującego W. Z. K. w 2016 roku). Odwołując się do wywodów wskazanych powyżej przystępujący S. podnosi, że takie czynności — polegające de facto na „domyślaniu się” przez zamawiającego ceny oferowanej przez odwołującego W. Z. K. — nie mieszczą się w ramach dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. przystępujący S. zwraca również uwagę na obszerne orzecznictwo KIO w pełni potwierdzające argumenty prezentowane powyżej przez przystępującego S., a zapadłe na gruncie podobnych stanów faktycznych (nieumieszczenie w ofercie wybranych pozycji kosztorysowych). Zgodnie z orzecznictwem, „nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy brak wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych w sytuacji, w której zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia” (z uzasadnienia uchwały KIO z

dnia 20 czerwca 2017, KIO/KD 21/17). Analogiczny wniosek wynika z wyroku KIO z dnia 26 marca 2014 roku (KIO 479/14), gdzie wywodzono: „Jednakże do kategorii „innej omyłki” nie może zostać zaliczony brak wskazania przez wykonawcę w ofercie ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości. Takie działanie podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił (wyrok Izby z dnia 9 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1073/09) oraz wskazany przez przystępującego wyrok z dnia 1 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1493/09 - brak wyceny którejs pozycji kosztorysu ofertowego nie stanowi omawianej innej omyłki; brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli”. Z uwagi na powyższe, sformułowany przez odwołującego W. Z. K zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie może zostać uznany za uzasadniony.

W ocenie przystępującego S. nie znajduje podstawy prawnej zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy przez „zaniechanie wezwania do wyjaśnień odwołującego W. Z. K w zakresie przedziurkowanych, a zatem niewidocznych wartości poz. 58, 130 i 2015 formularza cenowego”. Przystępujący S. zauważył, że w odwołaniu nie wskazano zakresu wyjaśnień, jakich miałby żądać zamawiający od odwołującego W. Z. K. Zarówno fakt przedziurkowania oferty jak i konsekwencje powyższego (niewidoczne dane) są bezsporne i nie wymagają wyjaśniania (co nota bene zostało potwierdzone również w treści cytowanego powyżej zarzutu stawianego zamawiającemu). Skoro powyższe okoliczności nie budzą wątpliwości, wówczas — jak się wydaje — odwołujący W. Z. K oczekiwał sformułowania przez zamawiającego wezwania, w którym ten zażądałby od odwołującego W. Z. K przedstawienia niewidocznych danych. Gdyby w taki sposób rozumieć zarzut stawiany przez odwołującego W. Z. K, wówczas z opisanych poniżej względów nie powinien on zostać uwzględniony. Niekwestionowane jest — z uwagi na co przystępujący S. nie przeprowadza w tym zakresie wyводу prawnego — że wezwanie wystosowane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy może mieć na celu jedynie wyjaśnienie wątpliwości w zakresie treści złożonej oferty, a nie może mieć na celu pozyskanie danych służących do korekty/uzupełnienia złożonej oferty. Jak wynika z jednego z orzeczeń KIO przywołanych powyżej (wyrok KIO z dnia 5 października 2009 r., KIO/UZP 1324/09), „tryb przewidziany w art. 87 ust. 1 ustawy może być tym samym wykorzystywany przy ustaleniu, czy zaistniała przesłanka z art. 87 ust. 2, w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jego wykorzystanie może dotyczyć jednak wyłącznie uzyskania od wykonawcy wykładni złożonego przez niego oświadczenia woli.” W przedmiotowym trybie nie jest natomiast możliwe pozyskiwanie od oferenta jakichkolwiek danych, które posłużyłyby do uzupełnienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy.



Podniesiony przez odwołującego W. Z. K zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego S. nie może zasługiwać na uwzględnienie z tej przyczyny, iż

(i) na zamawiającym nie spoczywał — na obecnym etapie postępowania - obowiązek badania podstaw wykluczenia wykonawców oraz z tej przyczyny, iż (ii) oświadczenia złożone przez przystępującego S. w formularzu JEDZ odnośnie realizowanych dostaw i usług są zgodne z prawdą.

Odwołującemu W. Z. K umknął uwadze fakt, iż niniejsze postępowanie jest prowadzone w trybie tzw. procedury odwróconej. Na podstawie art. 24aa ust. 1 ustawy zamawiający może w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została zastrzeżona w treści siwz. Zamawiający przewidział zastosowanie ww. procedury odwróconej w III 2. siwz. Powyższa konstatacja oznacza, iż nie można czynić zamawiającemu zarzutu z powodu braku wykluczenia jakiegoś wykonawcy, jeśli zamawiający nie był jeszcze na obecnym etapie postępowania zobowiązany do dokonania tej czynności. Istota procedury odwróconej polega bowiem na tym, że zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert a następnie później, po wyłonieniu najkorzystniejszej oferty, bada, czy wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą (i tylko ten wykonawca) nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przystępujący S. podkreślił, iż wówczas zamawiający tylko i wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uzyskała najwyższą ilość punktów w rankingu), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne (w szczególności JEDZ), a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy. Oznacza to, że w postępowaniach, w których zastosowana zostanie procedura odwrócona, zasady składania dokumentów są takie same, jak w innych postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego — wraz z ofertą wykonawca musi złożyć stosowne oświadczenie zgodnie z art. 25a ustawy, tyle że w przeciwieństwie do „zwykłych” postępowań, nie jest ono badane w pierwszej kolejności, a dopiero po zakończeniu oceny ofert, co (jeszcze) nie nastąpiło w niniejszym postępowaniu.

Reasumując, nie można czynić zamawiającemu zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego S., w sytuacji, gdy na obecnym etapie postępowania tj. w sytuacji, gdy nie doszło jeszcze do wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający nie był zobowiązany do badania przesłanek wykluczenia z postępowania, w tym zwłaszcza okoliczności wskazanych przez odwołującego W. Z. K. Oświadczenia dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu złożone przez przystępującego S. są prawdziwe. Na odpowiednim etapie postępowania (o ile do niego dojdzie) przystępujący S. oświadczył, że złoży - na wezwanie zamawiającego - wszelkie dokumenty wymagane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy

wykazując tym samym prawdziwość oświadczeń złożonych w treści JEDZ. W chwili obecnej składanie dokumentacji potwierdzającej prawdziwość oświadczeń przystępującego S. złożonych w JEDZ byłoby przedwcześnie. Odwołujący W. Z. K nie poparł swoich twierdzeń o rzekomych nieprawdziwych oświadczeniach przystępującego S. żadnymi dowodami. Tego typu gołosłowne enuncjacje nie powinny wywierać żadnych skutków, ani tym bardziej zasługiwać na wiarę.

### **Sygn. akt 2169/17**

W dniu 16 października 2017r. zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B., ul. (...) i D. C. Z. G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C., Al. (...) – dalej odwołujący W. Z. K S., odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prokurenta S. upoważnionego do reprezentacji S., zgodnie z zasadami wynikającymi z załączonego odpisu z KRS. S. działał w imieniu własnym oraz na podstawie pełnomocnictwa partnera z dnia 4 września 2017r. udzielonego zgodnie z zasadami reprezentacji partnera ujawnionymi w załączonym KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu w dniu 16 października 2017r.

Odwołujący S. wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności/zaniechania zamawiającego polegających na zaniechaniu wezwania odwołujących S. do złożenia dodatkowych wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy; zaniechaniu przez zamawiającego czynności podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołujących S. w sposób umożliwiający ocenę - które konkretnie postanowienia oferty odwołujących S. są sprzeczne z treścią siwz, jak też które konkretne pozycje cenowe w ofercie odwołujących S. są obciążone błędem w obliczeniu ceny; odrzuceniu oferty odwołujących S.; unieważnieniu postępowania.

W związku z powyższym odwołujący S. zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy tj.:

- 1) art. 92 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na nie wskazaniu, które postanowienia oferty odwołujących S. są sprzeczne z siwz oraz polegające na nie wskazaniu, które pozycje cenowe w ofercie odwołujących S. są obciążone błędem w obliczeniu ceny;
- 2) art. 23 ust. 4 ustawy przez jego niezastosowanie skutkujące nieuprawnionym badaniem umowy konsorcjum zawartej przez odwołujących S., podczas, gdy zamawiający nie jest w ogóle uprawniony do merytorycznego badania tego dokumentu a zwłaszcza nie jest uprawniony do badania tego dokumentu na etapie poprzedzającym wybór najkorzystniejszej oferty;

- 3) art. 87 ust. 1 ustawy przez błędne zastosowanie polegające na zastosowaniu trybu z art. 87 ust. 1 ustawy do nie budzącej wątpliwości oferty;
- 4) art. 87 ust. 1 ustawy przez błędne zastosowanie polegające na zastosowaniu trybu z art. 87 ust. 1 ustawy do wyjaśnienia treści oferty ze względu na treść innych dokumentów, które nie powinny podlegać badaniu przez zamawiającego;
- 5) art. 87 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie skutkujące zaniechaniem ponownego wezwania odwołujących S. do wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, pomimo iż zamawiający nabrał subiektywnego przekonania, że wyjaśnienia odwołujących S. są sprzeczne z treścią siwz, co pozbawiło odwołujących S. możliwości wykazania, że złożona przez nich oferta jest zgodna z siwz (zarzut poczyniony z ostrożności)
- 6) art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 65 § 1 i 2 K.C oraz przez dokonanie błędnej wykładni oferty, oświadczeń odwołujących S. oraz umowy konsorcjum;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołujących S., pomimo, iż jest ona zgodna z treścią siwz;
- 8) art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy przez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołujących S., pomimo, iż oferta odwołujących S. nie zawierała żadnych braków w obliczeniu ceny i kosztów i odpowiada w całości wymaganiom wskazanym w siwz;
- 9) Art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez jego błędne zastosowanie skutkujące uznaniem, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu i w konsekwencji unieważnienie postępowania podczas, gdy oferta odwołujących S. była zgodna z treścią siwz, nie zawierała błędów przy wyliczeniu ceny i nie powinna podlegać odrzuceniu;
- 10) art. 7 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie, czego wyrazem było przeprowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą przejrzystości, proporcjonalności, zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wnieśli o uwzględnienie odwołania przez nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołujących S.;
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołujących S. oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto o:

- 4) obciążenie w całości zamawiającego kosztami postępowania tj. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołujących S. zwrotu kosztów wpisu od odwołania wraz opłatą za pełnomocnictwo, jak też ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego;
- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania przetargowego, w tym w szczególności dowodów wskazanych w treści odwołania na okoliczności wskazane poniżej.

Odwołujący S. są uprawnieni do wniesienia odwołania w niniejszej sprawie, gdyż posiadają interes w uzyskaniu zamówienia objętego ww. postępowaniem oraz mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 179 ust. 1 ustawy).

Odwołujący S. złożyli ofertę w postępowaniu i ich oferta była ofertą najkorzystniejszą, co dodatkowo wynika także z wyliczeń własnych dokonanych przez odwołujących S.. Odwołujący S. nie podlegali też wykluczeniu od udziału w postępowaniu. Z uwagi na naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego i odrzucenie oferty odwołujących S. (i w konsekwencji też unieważnienie postępowania) odwołujący S. utracili możliwość uzyskania zamówienia. Naturalną konsekwencją powyższego jest możliwa szkoda odwołujących S. w postaci utraconych korzyści (*lucrum cessans*). Odwołujący S. podnieśli, iż istnieje adekwatny związek przyczynowy między zaskarżonym działaniem zamawiającego a możliwą szkodą odwołujących S.. Normalnym i adekwatnym następstwem zaskarżonych czynności zamawiającego jest utrata przez odwołujących S. możliwości realizacji zamówienia i uzyskania korzyści z tego tytułu.

Jako dowód powołano protokół z otwarcia ofert z dnia 21 września 2017 r. na okoliczność złożenia przez odwołujących S. najkorzystniejszej oferty oraz analizę oceny ofert z dnia 21 września 2017 r. dokonana na wewnętrzne potrzeby odwołujących

W dniu 21 września 2017 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert w powyżej opisanym postępowaniu. Oferta odwołujących S. była ofertą najkorzystniejszą. Następnie pismem z dnia 3 października 2017 r. doręczonym odwołującym mailem o godz. 11.35 zamawiający wezwał odwołujących S. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy do wyjaśnienia, czy złożona przez nich oferta z prognozowaną ceną 25.983.608,94 zł obejmuje również-zgodnie z załączoną umową konsorcjum § 5 ust. 3 lit. b tiret drugie-wydrukowanie materiałów egzaminacyjnych brajlem. zamawiający wyznaczył czas na odpowiedź do godziny 10.00 dnia następnego.

Jako dowód odwołujący S. powołali wydruk wiadomości mailowej zamawiającego wraz z przesłanym wraz z tą wiadomością pismem z dnia 3 października 2017 r. na okoliczność wezwania odwołujących S. do wyjaśnienia treści oferty oraz na okoliczność faktu, że wiadomość ta została wysłana Odwołującym w dniu 3 października 2017 r. o godzinie 11.35; W dniu 4 października 2017 r. o godzinie 8.15 odwołujący S. dostarczyli zamawiającemu wyjaśnienia wskazując, że w ofercie „uwzględnione zostały koszty wszystkich wymaganych składowych realizacji zamówienia określonych w siwz”. odwołujący S. odpowiedzieli także, że postanowienia przedłożonej umowy konsorcjum dotyczą wewnętrznych podziałów realizacji zamówienia, w tym zabezpieczenia ewentualnej konieczności wykonania materiałów egzaminacyjnych brajlem. Co istotne, odwołujący S. nigdzie w treści swego pisma nie przyznali, iż przedłożona przez nich oferta zawiera koszt druku materiałów

egzaminacyjnych brajlem. Po otrzymaniu ww. pisma odwołujących S. zamawiający nie wzywał ich ponownie do wyjaśnienia treści oferty.

Jako dowód powołano potwierdzenie doręczenia zamawiającemu pisma odwołujących S. datowanego na 3 października 2017r. na okoliczność braku przyznania przez odwołujących S., że ich oferta zawiera koszty druku materiałów brajlem, jak też na okoliczność, iż te wyjaśnienia zostały doręczone zamawiającemu o godz. 8:15 w 4 października 2017r.

W odpowiedzi na powyższe w dniu 6 października 2017 r. odwołujący S. otrzymali od zamawiającego zawiadomienie o odrzuceniu ich oferty i oferty innego konsorcjum, jak też zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z uwagi, iż do dnia upływu terminu składania ofert nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. Odrzucenie oferty odwołujących S. nastąpiło na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy (sprzeczność oferty z siwz) oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy (błędy w obliczeniu ceny). W uzasadnieniu swej decyzji zamawiający wskazał, iż odrzucił ofertę odwołujących S. z uwagi na fakt, iż „wykonawca w piśmie z dnia 3 października 2017 r. oświadczył, że uwzględnił konieczność ewentualnego druku w języku brail'a w treści złożonej oferty. W ocenie zamawiającego uwzględnienie ceny wydrukowania materiałów brajlem czyniło ofertę odwołujących S. sprzeczną z siwz i powodowało, że oferta ta zawierała błąd w obliczeniu ceny, gdyż uwzględniono w niej koszty wydrukowania materiałów brajlem.

Jako dowód powołano wydruk wiadomości mailowej zamawiającego z dnia 6 października 2017 r. wraz z przesłanym wraz z tą wiadomością pismem na okoliczność odrzucenia oferty odwołujących S. i unieważnienia postępowania oraz na okoliczność powodów takich decyzji; Doręczone odwołującym uzasadnienie przyczyn odrzucenia ich oferty nie wskazuje, jakie konkretnie pozycje i punkty oferty odwołujących S. są sprzeczne z treścią siwz, zamawiający nie wskazał również, które pozycje cenowe zawarte w ofercie odwołujących S. zawierają błędy w obliczeniu ceny tudzież zostały sporządzone przy zastosowaniu wadliwej metodologii. Powyższe uchybienia stanowią tym samym rażące naruszenie art. 92 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych odrzucenia oferty wynika z treści art. 92 ust. 1 ustawy. Przywołany przepis stanowi realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takich jak przejrzystość postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust 1 ustawy) i kreuje po stronie wykonawcy prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Informacje podawane w uzasadnieniu odrzucenia oferty są o tyle istotne, gdyż zakreślają ramy ewentualnego postępowania odwoławczego.

W niniejszej sprawie uzasadnienie przyczyn faktycznych odrzucenia oferty odwołujących S. jest nie tylko lapidarne, ale także gołosłowne. Brak odesłań do konkretnych pozycji oferty, które rzekomo są sprzeczne z siwz, jak też brak odesłań do konkretnych pozycji cenowych,

które jakoby zawierają błędy w obliczeniu ceny powoduje, że odwołujący S. muszą się domyślać podstaw decyzji zamawiającego i hipotetycznie czynić pewne założenia celem przygotowania odwołania. Taka sytuacja dowodzi tylko, iż czynność zamawiającego polegająca na uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołujących S. jest obciążona dużym stopniem wadliwości.

Powyższe zarzuty odwołujących S. są poparte bogatym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej (por. np. wyrok KIO z dnia 6 marca 2017 r., KIO 351/17, wyrok KIO z dnia 20 lipca 2015 r., KIO 1429/15 ).

Okoliczności sprawy wskazują, że pierwotną przyczyną prowadzącą do odrzucenia oferty odwołujących S. i unieważnienia postępowania było nieuprawnione dokonane przez zamawiającego badania umowy konsorcjum przedłożonej przez odwołujących S..

Umowa ta została przedłożona przez odwołujących S. z ich własnej inicjatywy i przedłożenie tej umowy nie było i nie mogło być wymagane przez zamawiającego na tym etapie postępowania. Przepis art. 23 ust. 4 ustawy wskazuje wyraźnie moment, w którym zamawiający może zażądać umowy konsorcjum od wykonawców występujących wspólnie. Przepis ten jednoznacznie wyjaśnia, że jest to możliwe wyłącznie w stosunku do wykonawców działających wspólnie, których oferta została wybrana. Umowa ta może być przedkładana na żądanie zamawiającego dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty i służy zasadniczo do potwierdzenia kręgu podmiotów, które wchodzi w skład konsorcjum. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że kształtowanie treści umowy konsorcjum jest wyłącznym prawem wykonawców i zamawiający nie może ingerować w jej treść ani żądać zawarcia w niej oczekiwanych przez niego postanowień. Żaden przepis ustawy nie uprawnia bowiem zamawiającego do badania treści umowy konsorcjum, w tym zwłaszcza jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Potwierdzeniem charakterystycznego statusu umowy konsorcjum jest fakt, iż ustawa ustawy nie wprowadza żadnych sankcji za brak przedłożenia umowy konsorcjum na żądanie zamawiającego. W szczególności, brak przedłożenia umowy konsorcjum nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty ani do unieważnienia postępowania (por.: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz art. 24, wyd. VI). W literaturze przedmiotu wskazuje się także, że: „Z punktu widzenia zamawiającego bez znaczenia są więc postanowienia - czy to umowy konsorcjalnej, czy to umowy spółki cywilnej, określające prawa i obowiązki poszczególnych podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego związane z realizacją wspólnego celu, jakim jest wywiązanie się z zawartej z zamawiającym umowy. Ewentualne uzgodnienia dokonane przez wykonawców mogą mieć znaczenie jedynie dla wzajemnych rozliczeń wykonawców (Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, art. 23, wyd. II). Co więcej, umowa regulująca współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia może być zawarta także po wyborze oferty tych wykonawców, (por. Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, art. 23, wyd. II; opinia Urzędu Zamówień Publicznych - „Możliwość zawarcia umowy spółki cywilnej przez członków konsorcjum po zawarciu umowy o zamówienie publiczne”, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

Z powyżej przedstawionych wywodów i okoliczności wynikają następujące wnioski:

Zamawiający nie jest uprawniony do badania umowy konsorcjum oraz do ingerowania w jej treść; skoro zamawiający nie był uprawniony do badania umowy konsorcjum, to tym bardziej nie może interpretować postanowień oferty odwołujących S. w świetle tej umowy; umowa konsorcjum przedłożona dobrowolnie i bez wzywania przez odwołujących S. mogłaby być równie dobrze zawarta nie teraz, a dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego; skoro umowa konsorcjum mogłaby być zawarta nawet po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, to oznacza to, że do tego momentu mogłaby być wielokrotnie zmieniana (argumentum a maiori ad minus); skoro umowa konsorcjum może być dowolnie zmieniana {za wyjątkiem wprowadzania zmian podmiotowych}, to oznacza to, że w razie wykrycia w niej jakichś nieścisłości mogłaby być ona zmieniona przez odwołujących S. w każdym czasie, czyli nawet po otrzymaniu pisma zamawiającego z dnia 3 października 2017 r.; postanowienia umowy konsorcjum ani brak jej przedłożenia do względu zamawiającemu nie mogą być podstawą do unieważnienia postępowania ani do odrzucenia oferty Odwołujących.

Reasumując powyższe należy stwierdzić, że do czasu wyboru najkorzystniejszej oferty umowa

konsorcjum przedłożona przez odwołujących S. powinna być dokumentem nieistniejącym dla zamawiającego. Ewentualna nieścisłość lub niezgodność tej umowy z treścią siwz nie rodzi i nie może rodzić żadnych skutków prawnych. Dokonana przez zamawiającego interpretacja jasnej i nie budzącej wątpliwości oferty odwołujących S. przez pryzmat jednego postanowienia umowy konsorcjum i wyjaśnień odwołujących S. w odniesieniu do tej umowy jest całkowicie nieuprawniona. Powyższe powoduje, że wszelkie dalsze czynności zamawiającego oparte na ww. wnioskowaniu są dotknięte sankcją bezprawności.

Pomimo złożenia przez odwołujących S. nie budzącej wątpliwości oferty zamawiający zastosował względem odwołujących S. tryb wynikający z art. 87 ust. 1 ustawy. Celem zamawiającego było wyjaśnienie jasnej oferty przez pryzmat umowy konsorcjum przedłożonej nieopatrnie przez odwołujących S., pomimo, że badanie to, jak wskazano w punkcie powyżej, było działaniem całkowicie nieuprawnionym. Wezwanie przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy jest obarczone dwoma błędami. Po pierwsze, zamawiający nie jest uprawniony do stosowania trybu żądania wyjaśnienia treści oferty wobec ofert, które same w sobie nie budzą żadnych wątpliwości. Zamawiający nie wskazał Odwołującym żadnych wątpliwości wynikających z oferty samej w

sobie (por. wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2009 r. KIO/UZP 1026/09). Po drugie, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy zamawiający może żądać wyłącznie wyjaśnienia treści „oferty” i tylko oferty. Na podstawie wspomnianego przepisu niemożliwe jest wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących innych oświadczeń lub dokumentów. Tymczasem zamawiający stosując tryb przewidziany dla wyjaśniania treści ofert wezwał odwołujących S. do wyjaśnienia de facto treści umowy konsorcjum w zestawieniu z ofertą, co jest działaniem nieuprawnionym i stanowi dowód na niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy. (por. Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, art. 87, wyd. II).

Niezależnie od powyższego, gdyby hipotetycznie przyjąć, że zamawiający był uprawniony do zażądania wyjaśnień od odwołujących S. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy w kontekście umowy konsorcjum (czemu jednak odwołujący S. przeczą) to wówczas zamawiający powinien był ponownie wezwać odwołujących S. do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Oferta odwołujących S. od początku była i nadal jest zgodna z treścią siwz. Przeciwnego wniosku nie można wyciągać z treści wyjaśnień złożonych przez odwołujących S., gdyż wyjaśnieniami nie można doprowadzić do zmiany treści oferty. Zgodnie bowiem z treścią art. 87 ust. 1 ustawy wskutek złożenia wyjaśnień przez wykonawcę (z zastrzeżeniem treści art. 87 ust. 1a i ust. 2) nie jest możliwe dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty. Z treści ww. przepisu wynika zatem, że jakiegokolwiek zmiany treści oferty przez wyjaśnienia muszą pozostać bezskuteczne. Wyjaśnienia sprzeczne z treścią oferty nie wywołują żadnych skutków prawnych. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy zamawiający winien był zatem albo pominąć wyjaśnienia odwołujących S. (jeśli uważał, że zmieniają one ofertę - czego jednak odwołujący S. nie przyznają) albo winien poprosić o dalsze wyjaśnienia co do ww. rozbieżności z ofertą. W odpowiedzi odwołujący S. mogliby (hipotetycznie) wskazać, że ich wyjaśnienia zawierają błąd albo też, że zawarli błędne wskazania w ofercie. W omawianej sytuacji, uprawnienie zamawiającego do żądania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy straciło swój dyspozytywny charakter i przybrało formę zobowiązania (por. wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2017 r., KIO 1002/17).

W przytoczonym powyżej wyroku KIO z dnia 9 czerwca 2017 r. (KIO 1002/17) KIO wskazała, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą zmieniać treści jasnej oferty, która sama w sobie jest zgodna z siwz. W takiej sytuacji zamawiający winien był albo uznać takie wyjaśnienia za nie odnoszące żadnych skutków prawnych albo powinien wezwać wykonawcę ponownie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy celem wskazania, czy ich wyjaśnienia zawierają błąd, czy też błąd ten znajduje się w ofercie. W omawianej sprawie zamawiający nie wezwał odwołujących S. do złożenia ponownych wyjaśnień, czym tym samym naruszył dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy. Powyższe wywody zostały przedstawione z ostrożności i



nie stanowią przyznania ze strony odwołujących S. prawa zamawiającego do badania treści oferty w kontekście umowy konsorcjum.

W niniejszym postępowaniu zamawiający dokonał szeregu uchybień w zakresie wykładni oświadczeń woli złożonych przez odwołujących S., czym tym samym naruszył postanowienia art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 65 § 1 i 2 K.C. Uchybienia zamawiającego dotyczyły zarówno wykładni pisma odwołujących S. datowanego na 3 października 2017 r. oferty, jak i wykładni samej umowy konsorcjum odwołujących S..

W treści pisma datowanego na 3 października 2017 r. odwołujący S. nigdzie nie zawarli oświadczenia wskazującego, jakoby treść ich oferty obejmowała również koszty ewentualnego druku materiałów brajlem. Sama oferta odwołujących S. także nie zawierała żadnych wskazań dotyczących ewentualnego druku materiałów egzaminacyjnych brajlem.

Wypowiedź odwołujących S. zawarta w piśmie datowanym na 3 października 2017 r. była podzielona na trzy akapity. W pierwszym akapicie odwołujący S. wskazali, że w ich ofercie uwzględnione zostały koszty wszystkich wymaganych składowych realizacji zamówienia określonych w siwz”. Wypowiedź ta nie zawierała żadnego odniesienia do druku materiałów brajlem. W drugim akapicie pisma, odwołujący S. odnieśli się tylko do umowy konsorcjum, gdzie wskazali, że postanowienia umowy konsorcjum dotyczą wewnętrznych podziałów realizacji zamówienia między odwołującymi S. „w tym [dotyczą] zabezpieczenia ewentualnej konieczności wykonania materiałów egzaminacyjnych brajlem”. W trzecim akapicie pisma odwołujący S. wskazali dosłownie za treścią siwz (Załącznik nr 1, Zadanie 1 pkt. 1.4.3.3.), że jeśli nastąpi taka konieczność wykonają konfekcjonowanie i dystrybucję arkuszy egzaminacyjnych w brajlu przekazanych przez zamawiającego. Już chociażby pobieżna lektura ww. pisma nie daje podstaw do przyjęcia, jak to przyjął zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, iż „wykonawca w piśmie z dnia 3 października 2017 r. oświadczył, że uwzględnił konieczność ewentualnego druku w języku braill'a w treści złożonej oferty.” Powyższe ustalenia zamawiającego są nie tylko nielogiczne i nieprawdziwe, ale przeczą w sposób oczywisty przyjętym regułom wykładni.

Zgodnie z treścią art. 65 § 1 K.C. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak wymagają tego okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Okoliczności niniejszej sprawy wskazują jednoznacznie, że odwołujący S. swoją wypowiedź odnośnie zabezpieczenia ewentualnej konieczności druku brajlem zawęzili tylko do umowy konsorcjum. Tymczasem zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony przeniósł tę wypowiedź na ofertę. Działanie takie dziwi nie tylko z tego powodu, że jest całkowicie bezpodstawne, ale także dlatego, że z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych (por. np. art. 87 ust. 1a ustawy) nie jest możliwe dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty wskutek udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę

Innymi słowy, jakiegokolwiek wyjaśnienia składane przez wykonawcę wezwanego do ich złożenia, w jakimkolwiek trybie, nie mogą na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy zmienić treści oferty, która jest jasna, wyrażona na piśmie i złożona zgodnie z siwz.

Wskazać także trzeba, że już pobieżna ocena oferty odwołujących S., a zwłaszcza wypełnionych przez nich formularzy cenowych wskazuje, że oferta ta nie obejmuje ceny druku materiałów brajlem. Przygotowany przez zamawiającego wzór oferty nie pozwalał na swobodne dopisywanie pozycji. W każdym zaś miejscu, gdzie w formularzach cenowych pojawia się pozycja dotycząca materiałów przygotowanych brajlem lub też inna pozycja, przy której pojawia się wyraźna adnotacja „Druk CKE” cena podana przez odwołujących S. radykalnie spada. Tytułem przykładu można wskazać np. str. 7 oferty, gdzie cena jednostkowa za arkusze jest ceną w wysokości 7 zł wzwyż. Natomiast zawsze przy materiałach, przy których widnieje adnotacja „Druk CKE”, w tym zawsze w przypadku materiałów drukowanych brajlem pojawia się cena rzędu 1-2 zł za arkusz (por. str. 7,8 9, 12,21, 22,23, 24,28,31, 34 oferty). Z okoliczności oraz przyjętych zwyczajów wynika zaś, że ewentualne dodatkowe koszty druku materiałów egzaminacyjnych brajlem - jeśli by miały być w ogóle uwzględnione przez odwołujących S. - byłyby uwzględnione właśnie w pozycjach dotyczących materiałów przygotowanych brajlem. W świetle powyższego oczywistym jest, że w ofercie odwołujących S. nie zawarto ceny druku materiałów egzaminacyjnych brajlem. Gdyby odwołujący S. uwzględnili przy pozycjach dotyczących materiałów drukowanych brajlem również cenę jego wydruku to cena ta byłaby widoczna właśnie przy pozycjach odnoszących się do materiałów z brajlem a nigdzie indziej. Przeciwnie założenie byłoby skrajnie nielogiczne. Należy także wskazać, że odwołujący S. nie mogliby (nawet, gdyby chcieli) uwzględnić w cenie swojej oferty druku materiałów egzaminacyjnych brajlem, gdyż na etapie złożenia swojej oferty w postępowaniu nie znali żadnych parametrów technicznych ani technologii, które związane byłyby z drukiem takich materiałów. Zamawiający ujawnił wstępne parametry druku materiałów egzaminacyjnych brajlem dopiero w dniu 3 października 2017 r. przez publikację ogłoszenia w celu ustalenia szacunkowej wartości zamówienia dla druku materiałów brajlem. Brak uwzględnienia w ofercie kosztów druku materiałów brajlem potwierdza także fakt, iż oferta odwołujących S. nie tylko plasuje się na podobnym pułapie cenowym, co oferta konkurencyjnego konsorcjum, ale nawet jest tańsza. Zamawiający arbitralnie i bez jakichkolwiek podstaw pominął powyższe okoliczności.

Jako dowód powołano treść oferty złożoną przez odwołujących S. na okoliczność braku uwzględnienia w treści oferty druku materiałów egzaminacyjnych brajlem oraz treść siwz wraz z załącznikami na okoliczność, iż zamawiający przy materiałach egzaminacyjnych w brajlu wpisał w treść formularzy cenowych wprost adnotacją „Druk CKE” oraz na okoliczność pozostałej treści siwz; treść ogłoszenia zamawiającego z dnia 3 października 2017 r. w celu ustalenia szacunkowej wartości zamówienia (dotyczy druku materiałów egzaminacyjnych

brajlem) - nr CKE/SZAC/2017/10 na okoliczność ujawnienia przez zamawiającego wstępnych parametrów technicznych i technologii druku materiałów w brajlu dopiero po złożeniu oferty przez odwołujących S.;

Zamawiający nie starał się nawet dążyć do utrzymania oferty odwołujących S. w postępowaniu. Wręcz przeciwnie, działania zamawiającego podjęte na podstawie bezpodstawnych przesłanek doprowadziły do eliminacji oferty odwołujących S., pomimo, że była to oferta dla zamawiającego najkorzystniejsza.

Zamawiający dokonał także wykładni umowy konsorcjum zawartej między odwołującymi S. (pomimo, że nie był to tego w ogóle uprawniony) w sposób sprzeczny z treścią art. 65 § 2 K.C. Umowa konsorcjum w treści § 5 ust. 3 lit b) przewidywała (z ostrożności) druk materiałów egzaminacyjnych brajlem, niemniej jednak ww. postanowienie umowy miało charakter podrzędny w stosunku do innych postanowień tej umowy, co całkowicie umknęło uwadze zamawiającego.

Postanowienie § 5 ust. 3 b) umowy konsorcjum należy bowiem dodatkowo czytać przez pryzmat innych postanowień tej umowy. Tymczasem, na mocy § 2 ust. 2 b) umowy konsorcjum odwołujący S. zobowiązali się wzajemnie do „wspólnej realizacji przedmiotu zamówienia, na zasadach określonych w niniejszej umowie, jednakże w zgodzie z wymogami określonymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto, na mocy § 5 ust. 4 umowy konsorcjum odwołujący S. zobowiązali się, że po zawarciu przez nich umowy z zamawiającym uregulują szczegółowo kwestie związane z realizacją współpracy w drodze aneksu do umowy. Z powyższego wynikają następujące wnioski: pomimo, że w § 5 ust. 3 b) umowy konsorcjum odwołujący S. wpisali (z ostrożności) druk materiałów brajlem to w § 2 umowy konsorcjum wyraźnie zastrzegli, że realizacja zamówienia będzie się odbywała na zasadach określonych w ich umowie, jednakże w zgodzie z siwz zamawiającego, przyznając tym samym siwz rolę nadrzędną dla uregulowania ich praw i obowiązków. Co więcej, z treści umowy konsorcjum wynika wyraźnie, że po zawarciu umowy z zamawiającym jej strony przewidziały dodatkowo konieczność zawarcia aneksu do umowy celem doprecyzowania wzajemnych obowiązków. W takich okolicznościach sprawy wpisanie przez odwołujących S. niejako na wszelki wypadek i z daleko posuniętej ostrożności dodatkowego obowiązku druku materiałów brajlem nie ma znaczenia w niniejszej sprawie. Obowiązek ten został bowiem wpisany (i) na wszelki wypadek, (ii) jego realizacja i tak nie byłaby możliwa z uwagi na treść § 2 ust. 2 b) umowy konsorcjum, (iii) będzie podlegał doprecyzowaniu w aneksie zawartym po zawarciu umowy z zamawiającym.

Zamawiający dokonując wykładni treści umowy konsorcjum nie dość, że nie był do tego uprawniony to na dodatek dokonał jej wadliwie, co spowodowało nieuprawnione odrzucenie oferty odwołujących S. i unieważnienie postępowania.

Jako dowód powołano treść oferty odwołujących S. wraz z umową konsorcjum na okoliczność jej brzmienia;

Konsekwencją powyżej omówionych naruszeń ustawy było wadliwe zastosowanie przez zamawiającego" art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy, jak też art. 93 ust. 1 ustawy.

Oferta odwołujących S. nie jest sprzeczna z treścią siwz i nigdzie w swej treści nie uwzględnia ewentualnych kosztów druku materiałów egzaminacyjnych brajlem. odwołujący S. nigdzie i nigdy także nie przyznali, jakoby oferta ta uwzględniała ewentualne koszty druku materiałów brajlem. W szczególności nie nastąpiło to w piśmie datowanym na dzień 3 października 2017 r. Tym samym zamawiający w sposób nieuprawniony zastosował art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Zgodnie z poglądami doktryny i judykatury, treść oferty jest sprzeczna z treścią siwz w sytuacji, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada wymaganiom zawartym w siwz (m.in. J. Nowicki [w:] A. Bazan, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, art 89, nb. 4; str.S). W okolicznościach niniejszej sprawy nie mamy jednak do czynienia z taką sytuacją, gdyż treść oferty została przygotowana na wzorze oferty zamawiającego i żadna jej część nie pozostaje w sprzeczności z siwz. Zresztą sam zamawiający nie pokusił się nawet na wskazanie wybranych części oferty jakoby sprzecznych z siwz. odwołujący S. przygotowali ofertę w sposób sumienny, rzetelny, postępując w zgodzie z wszystkimi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załącznikami do niej. Sam zamawiający nie zakwestionował do tej pory oferty jako takiej.

Oferta odwołujących S. nie zawiera także błędu w obliczeniu ceny, na co wskazano wyczerpująco w pkt. III. 5. a) odwołania. Przeciwne ustalenia zamawiającego są nie tylko oczywiście sprzeczne ze zgromadzonym materiałem sprawy, ale również z zasadami logicznego rozumowania, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy.

Okoliczność, iż w powyższym aspekcie umowa konsorcjum brzmiała nieco inaczej aniżeli siwz nie ma jednak żadnego znaczenia dla oceny oferty jako takiej. Rozbieżność treści umowy konsorcjum z siwz w jej § 5 ust. 3 lit. b) mogła wynikać z szeregu przyczyn takich jak niedopatrzenie, daleko posunięta ostrożność stron umowy konsorcjum, czy też mogła być lapsusem językowym. Strony umowy konsorcjum mogły w zupełnie dowolny sposób uregulować swoje prawa i obowiązki i ustalić swoje wewnętrzne rozliczenia z ich tytułu. Okoliczności te jednak nie mają wpływu na treść oferty jako takiej.

Ponieważ w niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki uprawniające do odrzucenia oferty odwołujących S. zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 ustawy. Nie zachodzi bowiem sytuacja, w której nie złożono by żadnej oferty nie pod legającej odrzuceniu.

Działanie zamawiającego doprowadziło do naruszenia szeregu dyrektyw postępowania wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy. Postępowanie zamawiającego w wielu aspektach stanowiło naruszenie takich zasad jak zasada przejrzystości, proporcjonalności, zasada równego traktowania, czy też zachowanie uczciwej konkurencji.

Przejawem naruszenia powyższych zasad było dopuszczenie się szeregu powyżej wskazanych uchybień, w tym:

brak należytego uzasadnienia podstaw faktycznych odrzucenia oferty; brak ponownego wezwania odwołujących S. do wyjaśnienia treści oferty; nieuprawnione badanie umowy konsorcjum i dokonywanie interpretacji oferty w kontekście postanowień umowy konsorcjum; odrzucenie oferty de facto na podstawie treści umowy konsorcjum i wyjaśnień odwołujących S. odnoszących się do umowy konsorcjum.

Przejawem naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji było także wyznaczenie odwołującym terminu 22,5 godziny na odniesienie się do pisma zamawiającego o udzielenie wyjaśnień. Termin taki tj. nie obejmujący nawet całej doby jest terminem niespotykanym w praktyce zamówień publicznych. Długość tego terminu nie była podyktowana żadnymi obiektywnymi względami i może jedynie dziwić biorąc pod uwagę zarówno wartość zamówienia, jak i wagę informacji, o jakie zapytywał zamawiający. Tak krótki termin na odpowiedź był dużym wyzwaniem organizacyjnym dla odwołujących S. z uwagi na czasową nieobecność osoby odpowiedzialnej za zamówienie. Mimo tak krótkiego terminu odwołujący S. zdolali odpowiedzieć na pismo zamawiającego, jednakże działo się to pod dużą presją czasu oraz w ogromnym pośpiechu.

Powyższe uchybienia leżące po stronie zamawiającego doprowadziły do podjęcia szeregu błędnych decyzji, które doprowadziły do nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołujących.

Przedstawienie przez nich umowy konsorcjum po dokonaniu wyboru ich oferty najpóźniej w dniu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego (czyli wówczas, gdy wymagał tego zamawiający na podstawie pkt XXV siwz) nie wiązałoby się dla nich z żadnymi konsekwencjami, gdyż zamawiający na tym etapie postępowania nie mógłby już skorzystać z narzędzia, jakim jest odrzucenie ich oferty. Przykład ten stanowi najlepszą egzemplifikację całkowitej bezzasadności argumentacji zamawiającego podniesionej w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

W dniu 17 października 2017r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 19 października 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się przystępujący W. Z. K. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż wniósł własne odwołanie, w którym domaga się przywrócenia własnej oferty oraz wykluczenia odwołującego S., tym samym w przypadku korzystnego rozstrzygnięcia jego odwołania oraz nieuwzględnienia odwołania odwołującego S. ma

szansę na uzyskanie zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania odwołującego S., gdyż czynności zamawiającego wobec odwołującego S. (tj. odrzucenie jego oferty) były dokonane prawidłowo i z poszanowaniem przepisów ustawy. Biorąc pod uwagę powyższe, wniesione przez odwołującego S. odwołanie w zakresie zarzutów odnoszących się do jego oferty jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzuty zdaniem przystępującego W. Z. K. uznać za chybione lub nieudowodnione, a uzasadnienie odwołania za niewystarczające. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez obu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w odpisach z KRS każdego z nich. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 19 października 2017r.

W dniu 27 października 2017r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołania wnosząc o ich oddalenie i obciążenie odwołujących W. Z. K. i S. kosztami postępowania. Zamawiający wskazał, że w dniu 6 października 2017 r. dokonał unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą — do upływu terminu składania ofert nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zamawiający odrzucił oferty obu wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

Oferta odwołującego S. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy — treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwana dalej siwz) oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy — oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

W treści 5 ust. 3 pkt. b tiret drugie w związku z 2 pkt 1 umowy konsorcjum z dnia 4 września 2017 r., stanowiącej załącznik nr 9 do oferty złożonej przez odwołującego S., członkowie konsorcjum wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustalili, że w ramach umowy zawartej z zamawiającym na druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2018 r. (nr sprawy CKE/8/2017), wykonawca — D. C. Z. G. Sp. z o.o. zobowiązała się do wydrukowania materiałów egzaminacyjnych brajlem.

W związku z ww. oświadczeniem woli zawartym w treści ww. umowy oraz faktem, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do siwz), przedmiot zamówienia w zakresie materiałów egzaminacyjnych wykonanych w brajlu zakłada wyłącznie ich przygotowanie do wysyłki, tzw. konfekcjonowanie i dystrybucję, tj. nie zakłada wydrukowania tych materiałów przez wykonawcę, zamawiający pismem z dnia 3 października 2017 r. wezwał odwołującego S., w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, do wyjaśnień, czy złożona przez konsorcjum oferta w ww. postępowaniu, z prognozowaną ceną brutto za wykonanie zamówienia 25.983.608,94 PLN, obejmuje zgodnie z załączoną umową konsorcjum z dnia 4 września 2017 r. 5 ust. 3 pkt. b tiret drugie (załącznik nr 9 do oferty) wydrukowanie materiałów egzaminacyjnych brajlem.

W odpowiedzi na ww. wezwanie pismem z dnia 3 października 2017 r. odwołujący S. oświadczył, że złożona przez niego oferta z ceną brutto 25.983.608,94 PLN uwzględnia wszystkie wymagane składowe realizacji zamówienia określone w siwz (w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do siwz oraz że zapis 5 ust. 3 pkt. b tiret drugie ww. umowy konsorcjum dotyczy niezbędnych i wymaganych przez w tym ewentualną konieczność wykonania materiałów egzaminacyjnych brajlem.

Odwołujący S. w piśmie z dnia 3 października 2017 r. oświadczył więc, że uwzględnił konieczność ewentualnego druku w języku Braille'a w treści złożonej oferty.

Z uwagi na powyższe, zamawiający uznał, że oferta złożona przez odwołującego S. :

- jest niezgodna z treścią siwz z uwagi na uwzględnienie w jej treści (pomimo braku takiego wymagania przez zamawiającego) wydrukowania materiałów egzaminacyjnych brajlem, co powoduje konieczność odrzucenia oferty ww. konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;

- została sporządzona przy zastosowaniu metodologii uwzględniającej przy obliczeniu ceny brutto oferty poniesienia kosztów wydrukowania materiałów egzaminacyjnych brajlem, co powoduje, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, skutkujący koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

W następstwie dokonanych przez zamawiającego czynności, odwołujący S. złożył w dniu 16 października 2017 r. odwołanie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił odwołujący W. Z. K.

W zakresie naruszenia przez zamawiającego:

1) art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na niewskazaniu, które postanowienia oferty odwołującego S. są sprzeczne z SIWZ oraz polegające na niewskazaniu które pozycje cenowe w ofercie są obciążone błędem w obliczeniu ceny;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego S., pomimo że jest ona zgodna z treścią SIWZ;

3) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego S., pomimo że jego oferta nie zawierała żadnych braków w obliczeniu ceny i kosztów i odpowiada w całości wymaganiom wskazanym w siwz zamawiający zauważył, że: zamawiający w treści pisma z 6 października 2017 r. (zawiadomienie o unieważnieniu postępowania) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący poinformował odwołującego S. o przyczynach niezgodności treści złożonej przez niego oferty z treścią siwz.

Siwz, w tym w szczególności opis przedmiotu zamówienia, stanowiący jej integralny załącznik, nie przewidywał usługi wytworzenia materiałów egzaminacyjnych brajlem.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności, mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Z uwagi na ww. oczywiste jest, że zamawiający w treści opisu przedmiotu zamówienia:

- konkretyzuje swoje wymagania odnośnie przedmiotu zamówienia, wyznaczając tym samym zakres przyszłego zobowiązania oferenta, jak i minimalne parametry, jakie w ramach wyznaczonego zakresu oferent musi zapewnić;
- nie określa usług, dostaw, robót budowlanych, które nie stanowią przedmiotu zamówienia, aczkolwiek być może byłyby możliwe do wykonania/dostarczenia przez oferenta — oferent mógłby je zaoferować w treści złożonej oferty z uwagi na fakt, że mieszczą się one w przedmiocie działalności oferenta.

W konsekwencji niezgodność treści oferty z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) będzie występowała zawsze, gdy oferent zaoferuje realizację przedmiotu zamówienia w zakresie nie przewidzianym w siwz, zaś błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy) np. wówczas, gdy w cenie oferty uwzględniono usługi lub dostawy nie uwzględnione w treści opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący S. jako integralną część oferty (załącznik nr 9 do oferty) dobrowolnie załączył umowę konsorcjum z dnia 4 września 2017 r., z której treści wynikają jednoznacznie zobowiązania członków konsorcjum dotyczące druku i dystrybucji materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2018 r. (nr sprawy CKE/8/2017) przy czym zamawiający podkreślił, że ww. umowa konsorcjum jest zawarta wyłącznie na okoliczność realizacji umowy z zamawiającym w zakresie ww. druku.

W treści 5 ust. 3 pkt. b tiret drugie w związku z 2 pkt 1 umowy konsorcjum, wykonawca — D. C. Z. G. Sp. z o.o. zobowiązała się do wydrukowania materiałów egzaminacyjnych brajlem w ramach druku i dystrybucji materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2018 r. (nr sprawy CKE/8/2017), tj. usługi nieprzewidzianej treścią siwz.

W związku z powyższym w ramach zaoferowanej ceny 25 983 608,94 zł (prognozowana cena brutto) odwołujący S. zaoferował usługę wytworzenia materiałów egzaminacyjnych brajlem, tj. materiałów nieprzewidzianych do wytworzenia przez zamawiającego treścią siwz.

W innym przypadku postanowienie 5 ust. 3 pkt. b tiret drugie umowy konsorcjum nie znalazłoby się w tej umowie (umowa zawarta wyłącznie dla potrzeb przedmiotowego postępowania), a odwołujący S. nie potwierdziłby w treści pisma z dnia 3 października 2017 r., że:

Zapisy Umowy Konsorcjum z dnia 04 września 2017r. § 5 ust. 3 pkt b dotyczą wewnętrznych podziałów realizacji zamówienia, niezbędnych i wymaganych przez zamawiającego czynności w tym zabezpieczenia ewentualnej konieczności wykonania materiałów egzaminacyjnych brajlem

Tym samym metodologia przyjęta przy obliczeniu ceny oferty (prognozowana cena brutto) przyjęta przez odwołującego S. uwzględnia wytworzenie nieokreślonych w siwz materiałów egzaminacyjnych w brajlu — wartość materiałów przyjęta przez odwołującego S. nie jest



znana zamawiającemu. Ww. metodologia więc obarczona jest wadą, zaś konsekwencją ww. jest konieczność odrzucenia oferty odwołującego S. jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny — art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Jednocześnie z uwagi na fakt, że oferta obejmuje realizację przedmiotu zamówienia nieznanego siwz, konieczne jest również odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią siwz — art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Ww. potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in.:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2011 r. (sygn., akt KIO 1525/11), Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31 stycznia 2007 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-94/07), Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 lipca 2004 r. (sygn. akt: UZP/ZO/O-1058/04). Konieczność odrzucenia oferty wynika z faktu, że oferta odwołującego S. jest nieporównywalna z pozostałymi ofertami złożonymi w toku postępowania, co narusza zasady uczciwej konkurencji — naruszenie art. 7 ustawy.

Brak zaś wskazania w treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego S., które pozycje, punkty oferty zawierają błędy w obliczeniu ceny, są niezgodne z treścią siwz wynika z faktu, że treść oferty oraz formularzy cenowych nie zawiera pozycji dotyczącej wytworzenia materiałów egzaminacyjnych w brajlu, więc odwołujący S. koszt tych materiałów uwzględnił w poszczególnych formularzach cenowych bez ich wyraźnego wskazania/wyodrębnienia stąd zamawiający nie zna ich wartości i brak jest możliwości ich wskazania w sposób podniesiony w zarzucie przez odwołującego S..

Z uwagi na brak wyodrębnienia w treści oferty wartości wytworzonych materiałów egzaminacyjnych w brajlu, niemożliwe jest również poprawienie oferty odwołującego S. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, i w konsekwencji doprowadzenie do zgodności oferty z treścią siwz. Z uwagi na ww. okoliczności niemożliwe jest też ustalenie, czy zaoferowana przez odwołującego S. cena nie jest rażąco niska — nie można ustalić, jaka jest wartość oferty pomniejszona o druk w brajlu, a tym samym, czy zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy.

Fakt wymogu złożenia przez wykonawcę formularzy cenowych nie oznacza, że odwołujący S. był zobowiązani wyszczególnić wszystkie elementy składowe stanowiące zakres przedmiotu zamówienia (składniki cenotwórcze). Zaoferowane ceny jednostkowe zawierają zarówno koszty bezpośrednie (tj. usługi podwykonawców, koszt papieru i wytworzenia arkuszy), jak i koszty pośrednie (np. czynsz, wynagrodzenia pracowników, w tym koszty zarządu, ochrona i koszt poniesiony w związku z zabezpieczeniem miejsc druku -- wyznaczenie i zabezpieczenia stref, w których znajdują się arkusze egzaminacyjne chronione przed nieuprawnionym ujawnieniem) oraz zysk. Brak wyodrębnienia w formularzach cenowych wszystkich składników cenotwórczych, o których mowa powyżej, nie oznacza, że ich nie ma — odwołujący S. ich nie ujął. One istnieją w ramach wykazanych

pozycji bez dodatkowego wyodrębnienia. Niemniej elementy składowe ceny muszą być ściśle związane z przedmiotem zamówienia wymaganym przez zamawiającego. Wytworzenie zaś materiałów egzaminacyjnych w brajlu w żaden sposób nie jest związane z przedmiotem zamówienia określonym przez zamawiającego. Tym samym (podobnie jak w przypadku innych niewycenionych w ofercie czynności lub zysku -- pozycje niewyodrębnione w treści formularzy cenowych) zamawiający nie mógł z przyczyn obiektywnych podać konkretnych pozycji, punktów, w których wyceniony został druk w brajlu.

Ww. stan faktyczny potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza: Sygn. akt: KIO 540/16 wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2016 r. W związku z powyższym przewidziany przez odwołującego S. druk materiałów egzaminacyjnych brajlem został wyceniony w poszczególnych cenach jednostkowych formularza cenowego.

Jednocześnie zamawiający zauważył, że ww. umowa konsorcjum stanowi oświadczenie woli konsorcjantów, które zgodnie z wolą odwołującego S. stanowi integralny załącznik jego oferty (załącznik nr 9), zawierający określony przez nich niezbędny zakres czynności do wykonania umowy na druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2018 r. (nr sprawy CKE/8/2017).

W związku z powyższym zamawiający nie może, w toku wykonania czynności badania i oceny ofert, pozostać w bezczynności i pominąć załączonej dobrowolnie przez wykonawców umowy konsorcjum w zakresie jej treści, zwłaszcza gdy jej treść, i tym samym treść oferty, wykracza poza przedmiot zamówienia określony w siwz.

Prawo zamawiającego do badania załączonej dobrowolnie przez oferentów umowy konsorcjum potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 2014-07-21, XIX Ga 406/14.

Z uwagi na fakt, że zamawiający w siwz nie przewidywał w toku postępowania wytworzenia przez wykonawcę materiałów egzaminacyjnych w brajlu (również w wyniku zmian dokonanych w trybie art. 144 ustawy), zaniechanie więc oceny umowy konsorcjum i wyjaśnień wykonawcy, których treść wykraczała poza przedmiot zamówienia, prowadziłoby do naruszenia art. 140 ust. 3 ustawy, a tym samym do narażenia się przez zamawiającego na roszczenie unieważnienia umowy w części wykraczającej poza przedmiot umowy. Taki rozszerzony zakres zamówienia byłby nieważny z mocy art. 140 ust. 3 ustawy jako wykraczające poza określenie przedmiotu zamówienia w siwz. Również doszłoby do naruszenia art. 140 ust. 1 ustawy, który stanowi wyraźnie, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Dodatkowo gdyby zamawiający zaniechał oceny treści umowy konsorcjum stanowiącej integralną część oferty i zawarł umowę z odwołującym S., przedmiot umowy obejmowałby wytworzenie przez odwołującego S. materiałów egzaminacyjnych w brajlu, tj. poniesienie dodatkowego kosztu przez odwołującego S. ok. 100 000 zł (orientacyjny koszt druku

materiałów egzaminacyjnych w brajlu w 2017 r.), który z uwagi na potencjał techniczny (posiadanie wykwalifikowanej kadry oraz potencjału technicznego — maszyny do druku w brajlu) jest realizowany w ramach odrębnego przetargu.

Zawarcie umowy, do której załącznikiem byłaby oferta odwołującego S., doprowadziłoby zapewne do wystąpienia przez odwołującego S. z roszczeniem unieważnienia umowy w części druku materiałów egzaminacyjnych brajlem w trybie art. 140 ust. 3 ustawy i uchylenie się ww. od wykonania druku w brajlu, co wiązało by się z koniecznością powierzenia druku innemu wykonawcy i narażenie się na zarzut niegospodarności i podwójnego finansowania druku w zakresie ww. materiałów.

Przyjęcie zaś twierdzenia odwołującego S., że w ramach jego oferty nie oferuje wytworzenia materiałów egzaminacyjnych w brajlu, powodowałoby zmianę treści oferty po upływie terminu składania ofert w wyniku negocjacji, tj. naruszenie art. 87 ust. 1, co powodowałoby naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy.

Z uwagi na ww. okoliczności zarzut odwołującego S. naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na niewskazaniu, które postanowienia oferty odwołującego S. są sprzeczne z siwz oraz polegające na niewskazaniu, które pozycje cenowe w ofercie odwołującego S. są obciążone błędem w obliczeniu ceny, jest niezasadny.

W zakresie zarzutu odwołującego S. naruszenia art. 23 ust. 4 ustawy poprzez jego niezastosowanie skutkujące nieuprawnionym badaniem umowy konsorcjum zawartej przez odwołującego S. podczas gdy zamawiający nie jest w ogóle uprawniony do merytorycznego badania tego dokumentu. a zwłaszcza nie jest uprawniony do badania tego dokumentu na etapie poprzedzającym wybór najkorzystniejszej oferty, zamawiający zauważył, że:

umowa konsorcjum stanowi oświadczenie woli konsorcjantów, które zgodnie z wolą odwołującego S. stanowi integralny załącznik jego oferty (załącznik nr 9), zawierający określony przez niego niezbędny zakres czynności do wykonania umowy na druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2018 r. (nr sprawy CKE/8/2017).

W związku z powyższym zamawiający nie może, w toku wykonania czynności badania i oceny ofert, pozostać w bezczynności i pominąć załączonej dobrowolnie przez wykonawców umowy konsorcjum w zakresie jej treści, zwłaszcza gdy jej treść i tym samym treść oferty wykracza poza przedmiot zamówienia określony w siwz.

Przyczyny ww. stanu (zaniechanie bezczynności) zamawiający opisał powyżej.

Prawo zamawiającego do badania załączonej dobrowolnie przez oferentów umowy konsorcjum potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 2014-07-21, XIX Ga 406/14.

Dodatkowo nie sposób przyjąć za odwołującym S., że zamawiający naruszył art. 23 ust. 4 ustawy, gdyż zamawiający nie żądał złożenia przez wykonawców umowy konsorcjum przed wyborem najkorzystniejszej oferty - to odwołujący S. samodzielnie i dobrowolnie postanowił z tej umowy zrobić integralny załącznik oferty (załącznik nr 9 do oferty), tj. poddać treść umowy pod badanie i ocenę zamawiającemu, co powoduje, że zarzut w tym zakresie jest całkowicie bezzasadny.

Na poparcie ww. należy przytoczyć treść rozdziału XXV siwz zgodnie z którym:

W przypadku wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jako najkorzystniejszej, wykonawcy są zobowiązani do przedłożenia, najpóźniej do dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy regulującej współpracę tych wykonawców. ”

W zakresie zarzutu odwołującego S. dotyczącego błędnego zastosowania trybu art. 87 ust. 1 ustawy do niebudzącej wątpliwości oferty.

W zakresie art. 87 ust. 1 ustawy przez błędne zastosowanie polegające na zastosowaniu trybu z art. 87 ust. 1 ustawy do wyjaśnienia treści oferty ze względu na treść innych dokumentów, które nie powinny podlegać badaniu przez zamawiającego;

W ocenie zamawiającego ww. zarzuty są spóźnione.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

Zamawiający wezwał odwołującego S. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy w dniu 3 października 2017r. Termin więc na wniesienie odwołania w zakresie błędnego zastosowanie trybu art. 87 ust. 1 upłynął w dniu 13 października 2017r.

Odwołanie w zakresie ww. zarzutów zostało wniesienie 16 października 2017r., tym samym zostało złożone po upływie terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 ustawy. Tym samym ww. zarzuty są bezzasadne, z uwagi na ich spóźnienie.

W związku z ww. okolicznościami zamawiający wnioskuje o odrzucenie ww. zarzutów.

W zakresie zarzutu odwołującego S. dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie skutkujące zaniechaniem ponownego wezwania do wyjaśnień dotyczących złożonej oferty. pomimo iż zamawiający nabrał subiektywnego przekonania. że wyjaśnienia odwołującego S. są sprzeczne z treścią siwz, co pozbawiło Odwołującego S. możliwości wykazania, że złożona przez niego oferta jest zgodna z siwz (zarzut poczyniony z ostrożności).

W ocenie zamawiającego brak jest konieczności dalszego wyjaśnienia oferty odwołującego S.. Odwołujący potwierdził w treści pisma (odpowieź na wezwanie zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy) z dnia 3 października 2017 r., że:

Zapisy Umowy Konsorcjum z dnia 4 września 2017r. par. 5 ust. 3 pkt b dotyczą wewnętrznych podziałów realizacji zamówienia, niezbędnych i wymaganych przez

zamawiającego czynności w tym zabezpieczenia ewentualnej konieczności wykonania materiałów egzaminacyjnych brajlem

Tym samym odwołujący S. przyznał, że zamawiający wymagał wykonania przez wykonawcę materiałów egzaminacyjnych brajlem.

Ww. okoliczność zdaniem zamawiającego nie wymaga dalszych wyjaśnień.

Zarzut zatem należy uznać za bezzasadny.

W zakresie naruszenia art. 14 ust. 1 w zw. z art. 65 par 1 i 2 K.C. oraz przez dokonanie błędnej wykładni oferty, oświadczeń odwołującego S. oraz umowy konsorcjum

Art. 65 par 1 i 2 Kodeksu Cywilnego stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, zaś w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Celem pytania zadanego zamawiającego w piśmie z dnia 3 października 2017 r. zadany w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, było ustalenie, czy oferta złożona przez odwołującego obejmuje wydrukowanie materiałów egzaminacyjnych brajlem.

W związku z powyższym Zamawiający zapytał: „ czy oferta złożona przez Państwa z ceną, obejmuje wydrukowanie materiałów egzaminacyjnych brajlem

Zadane w ten sposób pytanie było jasne i wymagało jedynie udzielenia przez odwołującego S. prostej odpowiedzi TAK lub NIE. Nieuzasadniony jest zatem zarzut zbyt krótkiego czasu jaki zamawiający wyznaczył na udzielenie odpowiedzi.

Zamawiający oczekiwał, że odwołujący potwierdzi lub zaprzeczy ww. okoliczności.

W odpowiedzi pismem z dnia 3 października 2017 r., odwołujący S. oświadczył m.in., że: Zapisy Umowy Konsorcjum z dnia 04 września 2017r. § 5 ust. 3 pkt b dotyczą wewnętrznych podziałów realizacji zamówienia, niezbędnych i wymaganych przez zamawiającego czynności, w tym zabezpieczenia ewentualnej konieczności wykonania materiałów egzaminacyjnych brajlem

Tym samym w ocenie zamawiającego wykonawca jednoznacznie przyznał, że zamawiający wymaga wykonania materiałów egzaminacyjnych brajlem, stwierdzenie bowiem, że wykonanie ww. materiałów jest niezbędne i wymagane przez zamawiającego jest bezdyskusyjne.

Jednocześnie zamawiający zaznaczył, że odpowiedź wykonawcy należy rozpatrywać łącznie z zadany przez zamawiającego pytaniem.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13.10.2010 r. sygnatura KIO 2145/10

W ocenie zamawiającego uzasadnienie naruszenia art. 14 ust. 1 w zw. z art. 65 1 i 2 K.C. oraz poprzez dokonanie błędnej wykładni oferty, oświadczeń odwołującego oraz umowy konsorcjum jest sporządzone wyłącznie dla potrzeb niniejszego odwołania i nie znajduje

potwierdzenia w oświadczeniu złożonym przez odwołującego S. w dniu 3 października 2017r.

Ww. uzasadnienie również celowo nie uwzględnia treści ww. zapytania, którego charakter nie pozwalał na dowolne ukształtowanie odpowiedzi. Zadanie bowiem pytania przy użyciu pytajnika czy, wymaga od odpowiadającego wyłącznie potwierdzenia lub zaprzeczenia kwestii określonej w pytaniu.

Błędną więc wykładnię stosowania art. 65 1 i 2 K.C. zawiera uzasadnienie ww. zarzutu sporządzone przez odwołującego S., które wybiórczo uwzględnia dla własnych potrzeb tylko te oświadczenia złożone przez strony, które są przydatne dla uzasadniania postawionych tez, co w konsekwencji powoduje ich wadliwość.

W związku z powyższym ww. zarzut jest bezzasadny.

Art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez jego błędne zastosowanie skutkujące uznaniem, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i w konsekwencji unieważnienie postępowania, podczas gdy oferta odwołującego S. była zgodna z treścią siwz, nie zawiera błędów przy wyliczeniu ceny i nie powinna podlegać odrzuceniu.

Art. 7 ust. 1 ustawy poprzez jego niezastosowanie, czego wyrazem było przeprowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą przejrzystości, proporcjonalności zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

Z uwagi na ww. okoliczności przedstawione w niniejszej odpowiedzi na odwołanie ww. zarzuty są całkowicie bezzasadne.

Dotyczy odwołania wniesionego przez odwołującego W. Z. K.

W dniu 6 października 2017 r. Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy — do upływu terminu składania ofert nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zamawiający odrzucił oferty obu wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

Oferta W. Z. K została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - treść oferty nie odpowiada treści siwz.

Odwołujący W. Z. K załączył do oferty wypełniony formularz cenowy sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1a do Formularza oferty, który nie pozwala dla poz. 58, 130, 205 Formularza Cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego — kwiecień 2018 r., odczytać oferowanych cen jednostkowych brutto dla poszczególnych nakładów materiałów egzaminacyjnych (kolumna VI-XII formularza cenowego), średniej arytmetycznej cen jednostkowych (kolumna XIII formularza cenowego) niezbędnych do ustalenia i prawidłowej weryfikacji podanej przez wykonawcę ceny ofertowej oraz prognozowanej ceny wykonania materiałów egzaminacyjnych przy prognozowanym nakładzie (kolumna XIV formularza cenowego). Wykonawca, bindując ofertę, przedziurkował (wyciął) w tych pozycjach formularza cenowego dane, uniemożliwiając tym samym w całości lub w części ich

odczytanie. Zatem pozycje te należy uznać za pozycje brakujące, natomiast Formularz Cenowy w ww. zakresie należy uznać za niewypełniony.

Zamawiający w rozdziale XI siwz zawarł instrukcję dla wykonawcy odnoszącą do sposobu przygotowania oferty w zakresie formularzy cenowych.

Zgodnie z treścią rozdziału XI ust. 3 siwz: Formularze cenowe — wg wzorów wskazanych w punkcie 2, należy złożyć do oferty w formie oryginalnych wydruków papierowych oraz dodatkowo na płycie CD (wykonane w sposób możliwy do odczytania w programie MS Excel). Podstawą oceny zamawiającego będą jedynie oryginalne formularze cenowe złożone w formie papierowej. Ich brak stanowi podstawę do odrzucenia oferty.”

W Rozdziale XI ust. 4 siwz zamawiający zaś określił charakter materiałów składanych drogą elektroniczną. Zgodnie z treścią rozdziału XI ust. 4 siwz „Formularze cenowe zamieszczone na płycie CD nie będą oceniane, a ich brak nie będzie stanowił podstawy do odrzucenia oferty

i będzie mógł być uzupełniony dla celów pomocniczych przy sprawdzeniu wyliczeń rachunkowych ceny oferty.”

W związku z powyższym w ocenie zamawiającego nie istnieje możliwość konwalidacji ww. wady formularza cenowego złożonego przez wykonawcę poprzez zastąpienie brakujących danych danymi zawartymi na płycie CD. Stanowiłoby to bowiem działanie niezgodne z zapisem Rozdziału XI ust. 3 i 4 SIWZ, który to zapis jest wiążący zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców, a w konsekwencji spowodowałoby de facto naruszenie art. 7 ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców.

Ww. wada powoduje również, że nie jest możliwe ustalenie stawek jednostkowych, które będą mieć zastosowanie do ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy w związku z wykonaniem materiałów egzaminacyjnych dla poz. 58, 130, 205 Formularza Cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego — kwiecień 2018 r.

Metodologia sporządzenia Formularza Cenowego zakłada bowiem ustalenie Ceny Ofertowej i Prognozowanej Ceny Umowy w oparciu o ceny jednostkowe i prognozowaną liczbę arkuszy egzaminacyjnych (kolumna IV Formularza Cenowego), zaś rozliczenie z wykonawcą za faktyczną liczbę zamówionych przez zamawiającego egzemplarzy materiałów egzaminacyjnych (zgodnie z treścią 6 ust. 1 Wzoru umowy) nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe określone przez wykonawcę w ofercie oraz o faktyczną liczbę zamawianych materiałów egzaminacyjnych. Zamawiający w chwili rozpoczęcia postępowania nie zna faktycznej liczby zdających poszczególne egzaminy, co uniemożliwia na etapie wszczęcia postępowania ustalenie ostatecznej liczby zamawianych materiałów egzaminacyjnych.

W następstwie dokonanych przez zamawiającego czynności, odwołujący W. Z. K złożył w dniu 16 października 2017 r. odwołanie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił odwołujący S..

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez uznanie, że oferta odwołującego W. Z. K jest niezgodna z treścią siwz z uwagi na przedziurkowanie poz. 58, 130 i 2015 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018 r. a w konsekwencji naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 7 i art. 93 ust. 3 ustawy poprzez uznanie, że zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania należy stwierdzić, że:

Zamawiający stoi na stanowisku, że oferta odwołującego W. Z. K jest niezgodna z treścią siwz.

Zamawiający ustalił w powyższym postępowaniu wynagrodzenie kosztorysowe. Okoliczność, że oferta zawiera przedziurkowane pozycje w formularzu cenowym przesądza o tym, że zamawiający nie ma możliwości ustalenia cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę, co było wymagane i konieczne.

Zamawiający oświadcza, że w opisanym wyżej stanie faktycznym nie było podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3, 87 ust. 2 pkt 1, 87 ust. 1 ustawy.

Fizyczna wada formularza — przedziurkowane pozycje oraz brak przesłanek do zastosowania art. 87 ust. 2, czy art. 87 ust. 1 powoduje niekompletność oferty i w konsekwencji konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie poprawy omyłki oferty w poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018 r. — w sytuacji gdy z załączonej do oferty płyty CD, jak i z samej treści ww. formularza zamawiający mógł powziąć wiedzę, jak dokonać poprawy w poz. 58, 130 i 2015 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018 r. należy podnieść, co następuje:

Inna omyłka to omyłka polegająca na niezgodności oferty z siwz, niepowodująca istotnych zmian w treści tej oferty.

Przepis zakazuje zatem zmian istotnych. W ocenie zamawiającego uzupełnienie formularza cenowego o brakujące ceny jednostkowe w okolicznościach niniejszej sprawy należy ocenić jako daleko idącą ingerencję w treść oferty.

Przede wszystkim podnieść należy, że warunkiem poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest posiadanie przez zamawiającego wiedzy, jak daną ofertę poprawić, a wiedza ta może wynikać tylko i wyłącznie z treści oferty.

Za element treści oferty zamawiający w żadnej mierze nie może uznać materiałów złożonych przez wykonawcę na płycie CD.

W Rozdziale XI ust. 4 siwz zamawiający jednoznacznie określił charakter materiałów składanych drogą elektroniczną. Zgodnie z treścią rozdziału XI ust. 4 siwz „Formularze cenowe zamieszczone na płycie CD nie będą oceniane, a ich brak nie będzie stanowił podstawy do odrzucenia oferty i będzie mógł być uzupełniony dla celów pomocniczych przy sprawdzeniu wyliczeń rachunkowych ceny oferty.”



W związku z powyższym w ocenie zamawiającego nie istnieje możliwość konwalidacji ww. wady formularza cenowego złożonego przez wykonawcę poprzez zastąpienie brakujących danych danymi zawartymi na płycie CD. Stanowiłoby to bowiem działanie niezgodne z zapisem Rozdziału XI ust. 3 i 4 SIWZ, który to zapis jest wiążący zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców, a w konsekwencji spowodowałoby de facto naruszenie art. 7 ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców.

W szczególności nie można podzielić argumentacji odwołującego W. Z. K, że sformułowania siwz jednoznacznie określające charakter złożonej płyty CD oraz jednoznaczna informacja zamawiającego, że formularze zawarte na płycie nie będą oceniane, nie oznaczają, że „nie można posiłkowo — w ograniczonym, nieznacznym zakresie — kierować się treścią formularzy” Zamawiający stoi na stanowisku, że płyta CD nie jest częścią oferty i zamawiający nie miał obowiązku poprawienia formularza cenowego na podstawie informacji zawartych na płycie.

Wskazał ponownie, że w przedmiotowym postępowaniu przyjęto wycenę kosztorysową. Ustalenie cen jednostkowych stanowi istotny element oferty, ponieważ brak możliwości ustalenia cen jednostkowych uniemożliwia w konsekwencji ustalenie wynagrodzenia wykonawcy cena oferty jest ceną prognozowaną, wynagrodzenie wykonawcy ustalane jest w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w ofercie i o rzeczywiste ilości wydrukowanych materiałów.

Jak podkreślono w wyroku z dnia 11 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1833/09, przy cenie kosztorysowej istotne znaczenie jako treść oferty mają ceny jednostkowe, służące do faktycznych rozliczeń z uwzględnieniem ilości ustalonej obmiarem powykonawczym. Brak wyceny którejs z pozycji kosztorysu ofertowego, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Co do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień odwołującego w zakresie przedziurkowanych, a zatem niewidocznych wartości w poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018 r. zamawiający podniósł, że celem wyjaśnień jest co do zasady wyjaśnienie wątpliwości co do treści oferty. Zastosowanie procedury wyjaśnień może mieć zatem źródło tylko w wątpliwościach co do treści oferty.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wyjaśnienia treści oferty nie mogą prowadzić de facto do jej uzupełnienia. Trudno zatem wyobrazić sobie, w jakim zakresie zamawiający mógłby wezwać wykonawcę do wyjaśnień w taki sposób, aby wyjaśnienia te nie prowadziły de facto do uzupełnienia oferty. Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w dokumencie stanowią jego uzupełnienie. Zamawiający nie może zwracać się do wykonawcy o wyjaśnienie treści, której nie ma w ofercie, gdyż sprowadzałoby się to do uzupełnienia oferty. Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści

zawartych w ofercie. Potwierdza to m.in. wyrok KIO z 16 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO/UZP 2379/11).

Co do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie poprawy omyłki oferty w egz. 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018 r. w sytuacji gdy z samej treści ww. formularza zamawiający mógł powziąć wiedzę jak dokonać poprawy w poz. 58. 130 i 2015 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018 r. należy stwierdzić, że:

W trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 zamawiający poprawia oczywiste omyłki pisarskie. Wady formularza polegającej na fizycznym uszkodzeniu formularza nie można zaliczyć do kategorii oczywistych omyłek pisarskich.

„O omyłce można mówić, gdy jest ona jednoznaczna dla każdego i każdy taką omyłkę powinien jednakowo poprawić. Jeżeli dochodzi do różnic w traktowaniu czegoś jako omyłki, to trudno mówić, że mamy do czynienia z omyłką” Wyr. KIO z 31.08.2015 r., KIO 1792/15, LEX nr 1800079.

Nie jest prawdą, że zamawiający na podstawie treści formularza mógł powziąć wiedzę jak dokonać poprawy aż trzech pozycji. Przedziurkowanie ofert doprowadziło do usunięcia danych w prawie wszystkich kolumnach w trzech pozycjach formularza. Podsumowanie kwotowe znajduje się na końcu formularza, a nie na końcu każdej ze stron, stąd przy oczywistym braku wypełnienia danych aż w trzech pozycjach czynność, zamawiający nie dysponował danymi, które pozwoliłyby mu na wypełnienie formularza tylko na podstawie danych w nim zawartych. Brakujące pozycje nie mogły być bowiem wypełnione przez zamawiającego bez ingerencji w treść oferty. Przy czym za całkowicie chybioną należy uznać argumentację odwołującego jakoby zamawiający zobowiązany był do poprawy formularza, kierując się metodologią sporządzenia formularza przez wykonawcę w dwóch postępowaniach dotyczących egzaminów na rok 2017 r. Oferty złożone w innych postępowaniach przez wykonawcę nie mogą nawet pomocniczo służyć do oceny oferty złożonej w konkretnym postępowaniu, a takie działanie zamawiającego mogłoby zostać ocenione jedynie jako naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, tj. art. 7 ustawy.

Oдноśnie ostatniego zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 16 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum S. Sp. o.o. oraz D. C. Z. G. sp. o.o. z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu zamawiający stwierdził, że zarzut taki jest przedwczesny.

Zamawiający w procedurze odwróconej najpierw dokonuje oceny ofert, a dopiero później przystępuje do badania, czy wykonawca, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą, nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Przystępujący W. Z. K W. Z. K wniósł o o oddalenie w całości odwołania S..

Przystępujący W. Z. K wskazał, że informacja o unieważnieniu postępowania oraz informacji o odrzuceniu oferty odwołującego S. z dnia 6 października 2017r. - w pełni uzasadniała odrzucenie jego oferty. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5 ustawy braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności — podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Na zamawiającym spoczywał zatem obowiązek podania powodów odrzucenia oferty odwołującego S. (jak i przystępującego W. Z. K) z uzasadnieniem faktycznym i prawnym - co w niniejszej sprawie zamawiający uczynił w sposób prawidłowy. W rozstrzygnięciu z dnia 6 października 2017r. wskazano wyczerpująco okoliczności faktyczne stanowiące podstawę odrzucenia oferty odwołującego S., które w sposób klarowny uwidaczniają sposób rozumowania zamawiającego.

Nie powielając uzasadnienia o odrzucenia oferty odwołującego S. z dnia 6 października 2017r. – przystępujący W. Z. K wskazał, że zwrócono w nim uwagę na wzajemną korelację OPZ i treść załączonej do oferty umowy konsorcjum odwołującego S., a także na treść przekazanego odwołującemu S. wezwania do wyjaśnień oraz uzyskaną odpowiedź. Tym samym odwołujący S. posiada pełną świadomość tego, że jego oferta jest niezgodna z siwz i zawiera błąd w obliczeniu ceny - bowiem oferta odwołującego S. obejmuje zakres który nie jest objęty przedmiotem zamówienia określony w siwz, co ma odzwierciedlenie w błędnej cenie ofert.

Z informacji o odrzuceniu oferty odwołującego S. z dnia 6 października 2017r. można z łatwością wywnioskować, że oferta nie jest zgodna z siwz, bo zawiera elementy dodatkowe, których zamawiający nie określił w siwz, a w konsekwencji cena oferty jest wadliwa. Powstaje zatem pytanie - jak, zdaniem odwołującego S., zamawiający miał wskazać konkretne postanowienia siwz odnoszące się do wydrukowania materiałów egzaminacyjnych brajlem - skoro ten zakres nie był objęty OPZ?

Tym samym, odwołujący S. błędnie oczekuje wskazania przez zamawiającego w rozstrzygnięciu o odrzuceniu oferty punktu i pozycji — jak się wydaje formularza ofertowego, nie oferty - podczas gdy niezgodność z siwz zaistniała z powodu złożenia całej oferty na niewskazany w siwz przedmiot zamówienia, co ma odzwierciedlenie w błędnej cenie ofert. Odniesienie się do konkretnej pozycji któregośkolwiek formularza ofertowego czy siwz jest w tym stanie rzeczy zbędne.

Nie można zdaniem przystępującego W. Z. K zgodzić się z zarzutem, iż zamawiający nie podał, które pozycje cenowe zawierają błąd. Z uzasadnienia rozstrzygnięcia o odrzuceniu oferty wprost wynika, że błąd dotyczy ceny brutto oferty, do tej ceny — prognozowanej

zresztą odnosiło się sformułowane przez zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 3 października 2017r.

Istotne jest również to, że odtworzenie motywów, jakimi kierował się zamawiający nie nastęrczało odwołującemu S. jakichkolwiek trudności; wynika to z treści samego odwołania, w którym odwołujący S. ani razu nie poddał pod wątpliwość, że jego oferta mogłaby zostać odrzucona z innych powodów niż ten, że (i) zaoferował druk materiałów egzaminacyjnych brajlem (co jest niezgodne z siwz) oraz (ii) oferta odwołującego S. i wskazana w niej prognozowana cena brutto nie odnoszą się do realizacji określonego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia (tylko obejmują również dodatkowy nieprzewidziany w siwz zakres usług).

Przystępujący W. Z. K wskazał, że orzeczenia KIO przywołane w odwołaniu nie są nawet przybliżone do niniejszej sprawy, są one zgoła odmienne.

Wobec faktu, iż w niniejszej sprawie odwołujący S. posiada pełną świadomość tego, z jakich powodów jego oferta jest niezgodna ze siwz i zawiera błąd w obliczeniu ceny (bowiem oferta obejmuje zakres - który nie jest objęty przedmiotem zamówienia) zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 23 ust. 4 ustawy

W następnej kolejności odwołujący S. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 23 ust. 4 ustawy przez "jego niezastosowanie skutkujące nieuprawnionym badaniem umowy konsorcjum zawartej przez odwołujących, podczas gdy zamawiający nie jest w ogóle uprawniony do merytorycznego badania tego dokumentu, a zwłaszcza nie jest uprawniony do badania tego dokumentu na etapie poprzedzającym wybór najkorzystniejszej oferty".

Przy tak sformułowanym zarzucie przypomnieć należy, że zgodnie z art. 23 ust. 4 ustawy "Jeżeli oferta wykonawców, o których mowa w ust. 1, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców

W dniu 6 października 2017r., w którym zamawiający unieważnił postępowanie, a co za tym idzie nie wybrał oferty odwołującego S. jako oferty najkorzystniejszej. Nie mogło zatem dojść do naruszenia przez zamawiającego art. 23 ust. 4 ustawy . Regulacja ta obejmuje bowiem uprawnienie do żądania umowy konsorcjum od wykonawcy, którego oferta została wybrana przed zawarciem umowy. zamawiający nie mógł żądać przedłożenia umowy na innym etapie postępowania. Zaskarżone przez odwołującego S. "niezastosowanie" art. 23 ust. 4 ustawy odnosi się natomiast do dużo wcześniejszego etapu postępowania - oceny ofert.

Przystępujący W. Z. K podkreślił, że zamawiający nie wzywał odwołującego S. do złożenia umowy konsorcjum. Takie obowiązek nie wynika też z żadnego postanowienia siwz.

Mimo, że taki obowiązek nie wynika z przepisów prawa, ani z siwz - odwołujący S. przedłożył do oferty umowę konsorcjum. Jak sam wskazuje odwołujący S. w treści odwołania - "umowa

ta została przedłożona przez odwołujących z ich własnej inicjatywy i przedłożenie tej umowy nie będzie i nie mogło być wymagane przez zamawiającego na tym etapie postępowania".

Z jednej strony odwołujący S. wskazuje, że z własnej woli złożył (niewymaganą przez zamawiającego w siwz, ani w innym dokumencie) umowę konsorcjum, a z drugiej strony odwołujący S. stawia zarzut naruszenia art. 23 ust. 4 ustawy przez jego niezastosowanie, a na końcu odwołujący S. stwierdza, że "przedłożenie tej umowy nie będzie i nie mogło być wymagane przez zamawiającego na tym etapie postępowania Oświadczenia odwołującego S. stoją ze sobą w sprzeczności.

Przystępujący W. Z. K wskazał, że brzmienie przepisu art. 24 ust. 3 ustawy i brak wezwania zamawiającego do złożenia umowy konsorcjum, przy złożeniu takiej umowy z własnej woli przez odwołującego S. - nie korespondują z treścią zarzutu i uzasadnieniem zawartym w odwołaniu. Odwołujący S. wskazuje na aspekty prawne - w zupełnym oderwaniu od przepisu prawa, którego naruszenia zarzuca zamawiającemu. Odwołujący S. ponosi takie okoliczności jak: brak możliwości badania umowy konsorcjum, jako części oferty; brak możliwości odrzucenia oferty z uwagi na nieprzedłożenie umowy konsorcjum; ponadto odwołujący S. sugeruje jakoby zamawiający zamierzał ingerować (zmieniać) w treść umowy konsorcjum. Bez jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy - zostaje hipotetyczna analiza odwołującego S. - co byłoby gdyby umowa konsorcjum została podpisana po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Nieprawdziwe jest również sugestia odwołującego S., jakoby zamawiający zamierzał ingerować w treść umowy konsorcjum. Zgodnie z wiedzą przystępującego W. Z. K zamawiający nie zamierzał dokonywać takiej ingerencji, zmiany, a jedynie wyjaśnić treść złożonej oferty. Ponadto, argument ten nie koreluje z samym zarzutem podniesionym przez odwołującego S..

W tym stanie rzeczy, zarzut naruszenia art. 23 ust. 4 ustawy jest bezpodstawny.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Kolejnym zarzutem podniesionym przez odwołującego S. był zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy, przez (i) błędne zastosowanie polegające na zastosowaniu trybu przewidzianego w art. 87 ust. 1 ustawy ; (ii) błędne zastosowanie polegające na zastosowaniu trybu z art. 87 ust. 1 ustawy do wyjaśnienia treści oferty ze względu na treść innych dokumentów, które nie powinny podlegać badaniu przez zamawiającego oraz (iii) niezastosowanie skutkujące zaniechaniem ponownego wezwania odwołującego S. do wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, pomimo, iż zamawiający nabrał subiektywnego przekonania, że wyjaśnienia odwołującego S. są sprzeczne z treścią siwz, co pozbawiło odwołującego S. wykazania, że złożona oferta jest zgodna z siwz.

W zakresie tego zarzuty Przystępujący W. Z. K wskazał, że z oczywistych względów zamawiający nie miał podstaw prawnych do zignorowania treści płynących z oferty

odwołującego S. (umowy konsorcjum) i wyjaśnień treści oferty, udzielonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy . Zwłaszcza gdy treści ww. dokumentów wskazują na rażącą sprzeczność oferty odwołującego S. z siwz. W ramach czynności badania ofert niezbędna jest bowiem analiza wszystkich przedłożonych przez odwołującego S. dokumentów, a nie jak by sobie tego życzył Odwołujące - analiza dokumentów wchodzących składających się na ofertę. Zaniechanie kompleksowego badania oferty odwołującego S. - zwłaszcza, gdy rzutują na ocenę przedmiotową oferty stanowiłoby naruszenie ustawy .

W ocenie przystępującego W. Z. K wobec tak istotnej i czytelnej rozbieżności oferty odwołującego S. w porównaniu do przedmiotu zamówienia, zamawiający nawet bez wezwania do złożenia wyjaśnień winien odrzucić ofertę. Pomimo iż zamawiający zrobił nawet więcej niż było konieczne (czyli wezwał odwołującego S. do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy ), to jednak wyjaśnienia udzielone przez odwołującego S. w zupełności potwierdziły uzewnętrznione wątpliwości zamawiającego.

Można wręcz przyznać, że zamawiający (wzywając odwołującego S. do wyjaśnień treści oferty) dał możliwość odwołującemu S. nie jako konwalidacji swojej oferty.

Wbrew twierdzeniom odwołującego S. przystępujący W. Z. K zaznaczył, iż nie ma żadnego dla oceny charakteru umowy konsorcjum w stosunku do innych dokumentów złożonych wraz z ofertą - czy umowa ta została złożona dobrowolnie czy omyłkowo. Nie zmienia to faktu, że skoro umowa faktycznie znalazła się w ofercie i jej treść rzutowała na treść oferty, stała w sprzeczności z przedmiotem zamówienia.

Wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2010 r., KIO/UZP 2146/10.

Art. 87 ust. 1 ustawy dotyczy badania treści oferty i - choć w ocenie przystępującego W. Z. K skorzystanie z tej regulacji przez zamawiającego w dniu 3 października 2017r. nie było niezbędne - to jednak sama procedura uzyskania wyjaśnień została przeprowadzona prawidłowo. Nie można zgodzić się z odwołującym S., iż zamawiający miałby nie odnosić się do oferty, skoro w swoim wezwaniu do wyjaśnień z dnia 3 października 2017r. zapytano właśnie bezpośrednio o przedmiot złożonej oferty i wskazaną w formularzu ofertowym cenę prognozowaną brutto.

Teza odwołującego S., iż z treści wyjaśnień odwołującego S. z dnia 3 października 2017r. nie można wyprowadzić wniosku o niezgodności jego oferty z siwz, albowiem jego wyjaśnienia nie mogą powodować zmiany oferty, wskazuje na niezrozumienie celu, w jakim wprowadzono instytucję wezwania do wyjaśnień treści złożonych ofert.

Zamawiający ma bowiem na celu rozstrzygnięcia wątpliwości co do treści ofert, tj. w tym wypadku ustalenie, czy od początku była ona zgodna albo nie z siwz. Jeśli więc oferta odwołującego S. od początku była niezgodna z siwz, co potwierdziły jego wyjaśnienia, to nie sposób twierdzić, że mogło dojść do nieuprawnionego wprowadzenia zmiany w jej treści.

Pominięcie treści odpowiedzi odwołującego S. z dnia 3 października 2017r czego oczekiwałby odwołujący S. stanowiłoby drastyczne naruszenie ustawy i zaprzeczenie celu, jakiemu miało służyć wezwanie do wyjaśnień.

Z przytoczonego w odwołaniu orzeczenia KIO z dnia 9 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1002/17 przystępujący W. Z. K wyciągnął natomiast wnioski wskazujące na niedopuszczenie się przez zamawiającego naruszenia ustawy w niniejszej sprawie. Tak jak w powyższej sprawie zamawiający nie pominął, nie uznał za nieistniejący przedłożonego przez odwołującego dodatkowego dokumentu. Zapoznał się z jego treścią i w związku z nią wezwał do wyjaśnienia oferty. Czynność ta odbyła się jedynie na wcześniejszym etapie postępowania, ponieważ dodatkowy dokument był w dyspozycji zamawiającego już od momentu złożenia oferty, nie jak w sprawie KIO 1002/17 od momentu złożenia wyjaśnień.

Powyższe jednoznacznie w ocenie przystępującego W. Z. K wskazuje, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 65 1 i 2 kc, a także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy , art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy

Przystępujący W. Z. K określił, że zarzuty dotyczące wykładni oświadczeń odwołującego zawartych zarówno w wyjaśnieniach, jak i treści oferty, czy w umowie konsorcjum są chybione z uwagi na to, iż treść oświadczeń jest jasna i nie budzi jakichkolwiek wątpliwości. Natomiast tylko wypowiedzi niejasne winny podlegać interpretacji zgodnie z zasadą clara non sunt interpretanda.

Postanowienie umowy konsorcjum jednoznacznie, zdaniem przystępującego W. Z. K wskazuje, że odwołujący S. nie złożył oferty na przedmiot zamówienia określony w siwz, co dodatkowo potwierdzają udzielone przez niego wyjaśnienia z dnia 3 października 2017r.

W umowie konsorcjum wyraźnie wskazano na wydrukowanie materiałów egzaminacyjnych brajlem. Zwrot „wydrukowanie” jest semantycznie klarowny i nie obejmuje czynności konfekcjonowania i dystrybucji materiałów egzaminacyjnych brajlem, które to z kolei stanowiły element zamówienia.

Zaznaczenia w ocenie przystępującego W. Z. K wymaga, że zamawiający wprost zapytał odwołującego S. (w wezwaniu z dnia 3 października 2017r.), czy złożona przez niego oferta z prognozowaną ceną brutto obejmuje zgodnie z załączoną umową konsorcjum wydrukowanie materiałów egzaminacyjnych brajlem. Tymczasem, odwołujący S. nie zaprzeczył temu, ani nie wyjaśnił, że oferta nie obejmuje wydrukowania egzaminów brajlem. Wręcz przeciwnie odwołujący S. wskazał, że oferta obejmuje „wykonania materiałów egzaminacyjnych brajlem. '

Przystępujący W. Z. K dodał, że określenie „wykonać” również nie nasuwa żadnych wątpliwości interpretacyjnych i znaczeniowo odbiega wyraźnie od "konfekcjonowania i dystrybucji materiałów egzaminacyjnych".

Odnosząc się do poszczególnych części wypowiedzi odwołującego S. wyrażonych w odpowiedzi na wezwanie z 3 października 2017r. przystępujący W. Z. K zauważył, że odwołujący S. wskazał, że w ofercie uwzględniono koszty wszystkich wymaganych składowych realizacji zamówienia określonych w siwz, w szczególności w Załączniku nr 1.

Użycie zwrotu „w szczególności” wskazuje, że czynności określone w załączniku nr 1 do siwz stanowią jedynie część, a nie wyczerpują wszystkich zadań, które oferent zamierza wykonać w ramach ceny wskazanej w ofercie. Zwrot „w szczególności” stosowany jest bowiem przy przykładowym, nie zamkniętym, wskazując na otwarty katalog realizowanych czynności. Tymczasem to wyłącznie w załączniku nr 1 w prowadzonym postępowaniu określony był przedmiot zamówienia, na który zamawiający oczekiwał oferty.

Ostatnie zdanie wyjaśnień odwołującego S. wzmacnia twierdzenie o niezgodności oferty z treścią siwz. odwołujący S. wymienia bowiem czynności konfekcjonowania, dystrybucji i osobno „wykonania” arkuszy w drukarni dla osób niewidomych, co pokazuje, iż przez zwrot „wykonanie” rozumie druk arkuszy i z pewnością nie utożsamia tego określenia z konfekcjonowaniem, czy dystrybucją.

Jednocześnie przystępujący W. Z. K uwypuklił, że w ww. zdaniu odwołujący nawiązuje do zapisu siwz „Zadanie 1 pkt. 1.4-3-3.”, podczas gdy konfekcjonowanie i dystrybucja materiałów egzaminacyjnych brajlem przewidziana została również w Zadaniu 2 punkt 1.4.2c. b. Tym bardziej wyraźne dla przystępującego W. Z. K jest potwierdzenie przez odwołującego S., że złożył ofertę na przedmiot wykraczający poza przedmiot zamówienia określony w postępowaniu.

Odwołujący S. błędnie w zakresie wykładni umowy konsorcjum odnosi się do sposobu przygotowania przez zamawiającego formularza ofertowego, czy sposobu jego wypełnienia przez odwołującego S.. Ceny jednostkowe określone w poszczególnych pozycjach formularza mogą bowiem być dobierane przez wykonawców swobodnie, który ma prawo do dowolnego określania cen kierując się wyłącznie własną kalkulacją, metodologią. Zasadniczo nie może ona być także przedmiotem zainteresowania zamawiającego, chyba że — jak w zaistniałej sytuacji — z oferty wynika jasno, że w cenę wkalkulowana jest czynność nie objęta przedmiotem zamówienia.

Dla skutecznego odrzucenia oferty odwołującego S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy - nie ma znaczenia, że w wyjaśnieniach z dnia 3 października 2017r. odwołujący S. wprost nie wskazał, że cena oferty zawiera kosztów druku materiałów egzaminacyjnych brajlem. Takie stan rzeczy jest bowiem konsekwencją ujęcia w ofercie odwołującego S. wykonanie ww. metodą.

Wobec powyższego, również i ten zarzut w ocenie przystępującego W. Z. K nie zasługuje na uwzględnienie.



Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy , art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy , art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy

Odwołujący S. zarzucił zamawiającemu również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego S., pomimo, że oferta jest zgodna z siwz oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego S. pomimo, że oferta odwołującego S. nie zawierała żadnych braków w obliczeniu ceny i kosztów. Mimo, iż zdecydowana większość niniejszej odpowiedzi na odwołanie odnosi się do powyższych zarzutów - dodatkowo Przystępujący W. Z. K podniósł, iż:

Nie ma znaczenia, że odwołujący S. w innych zapisach umowy konsorcjum niż te, do których nawiązał zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, nawiązywał do siwz, skoro w innym miejscu umowy wskazał na druk brajlem. Sam odwołujący S. przyznał, że druk materiałów brajlem uwzględnił w umowie „z ostrożności”, „na wszelki wypadek”, co potwierdza, że przewidział to w swojej ofercie i w swojej kalkulacji ceny. Podczas gdy oferta winna być formułowana na konkretny przedmiot zamówienia podany przez zamawiającego — nie z ostrożności odnosić się również do dalszego, nie objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia.

W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że zarówno treść siwz, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego co do zasady porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w siwz, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści siwz - jest z nią zgodna.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o wszelkich nieprawidłowościach oferty wykonawcy, które powodują, że treść oferty nie odpowiada treści siwz. Pojęcie "nie odpowiada" obejmuje zarówno sprzeczność (niezgodność) treści oferty z treścią siwz, czyli sytuację, gdy z oferty wynika wprost zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego jak również sytuację, gdy z oferty wynika element, czy fragment elementu, którego zaoferowania nie wymagał zamawiający. Zatem zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę odwołującego S., ponieważ zawierała ona niewymagane elementy.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: niezgodność treści oferty z treścią siwz ma miejsce wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w siwz, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, a co oznacza, iż niezgodność treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych,

które zostały określone w siwz. Tak więc dotyczy ona wyłącznie treści merytorycznej oferty, a nie jej formy. Natomiast uchybieniami co do formy - zgodnie z utrwaloną już linią orzecniczą - są w szczególności: brak numeracji stron, błędne podpisanie liczby stron oferty, brak parafy, brak trwałego spięcia oferty itp. (wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2903/12). W świetle powyższego hipotezą normy art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy objęta jest sytuacja, gdy treść oferty stoi w sprzeczności z postanowieniami siwz w taki sposób, iż można o pominięciu pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego (wyrok z dnia 30 października 2012 r. sygn. akt KIO 2241/12).

Zgodnie z art. 89 ust.1.pkt.6 ustawy zamawiający odrzuca, ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Ustawa nie definiuje przy tym pojęcia „błąd w obliczeniu ceny”. Niemniej jednak przyjmuje się, iż błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego.

Przystępujący W. Z. K wskazał, że wyrok z dnia 25 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 542/16 Z błędem co do oceny nie mamy do czynienia, kiedy wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, ale zawierającą nieprawidłowe wyniki działań arytmetycznych, ale wtedy kiedy wskazuje on cenę za wykonanie czynności, które w ogóle nie są przedmiotem zamówienia.

Wykonanie wydruków metodą brajl należy zdecydowanie zakwalifikować do warunków realizacji zamówienia, a odnosząc to do niniejszej sprawy - wykonanie wydruków metodą brajl jest również zaoferowaniem odmiennego zakresu świadczenia, co skutkuje niewłaściwą ceną oferty.

Jeżeli zatem, odwołujący S. zaoferował w swojej ofercie - inny zakres zamówienia niż określono w siwz, co miało wpływ na prognozowaną cenę oferty odwołującego S. - to oczywistym jest, że jego oferta podlegała odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy . W konsekwencji, zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania siwz, wyjaśnień treści siwz, złożonych ofert, wezwania odwołującego S. do wyjaśnień i udzielonej odpowiedzi.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że w siwz zamawiający zawarł następujące wymagania :

W rozdziale III Tryb udzielenia zamówienia : w pkt. 2 zamawiający wskazał, że w toku prowadzenia przetargu nieograniczonego zastosuje procedurę odwróconą określoną w art. 24 aa ustawy tj. zamawiający najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy

wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu z postępowania (przesłanki wykluczenia określono w rozdziale XXII SIWZ) oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (warunki udziału w postępowaniu w tym oceni dowody jakie Zamawiający będzie żądał w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu - rozdział IX i X SIWZ). W pkt. 3, że w ramach oceny ofert i zbadania, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu zamawiający:

- 1) sprawdzi, czy oferty zostały przygotowane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz zgodnie z siwz. Jeżeli wykonawca nie złoży wraz z ofertą wymaganych pełnomocnictw albo złoży wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wezwie go do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (przesłanki odrzucenia oferty określono w rozdziale XXIII siwz) albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania (przesłanki unieważnienia postępowania określono w rozdziale XXIV siwz); W przypadku gdy, wykonawca w ww. terminie nie dostarczy ww. pełnomocnictwa, zamawiający odrzuci ofertę takiego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy ;
- 2) Jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy zamawiający odrzuci ofertę na podstawie 89 ust.7 pkt 7b.
- 3) Jeżeli oferta będzie niezgodna z treścią siwz zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust1 pkt 2 z zastrzeżeniem 87 ust 2 pkt 3 ustawy (poniższy pkt. 2c);
  - 2) poprawi w tekście oferty:
    - a) oczywiste omyłki pisarskie,
    - b) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
    - c) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

O dokonanych poprawkach zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawcę, którego oferta została poprawiona. W przypadku gdy wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodzi się na poprawienie omyłki, o której mowa w punkcie 2c, zamawiający odrzuci ofertę takiego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy ;

3) sprawdzi (lub może sprawdzić gdy uzna to za konieczne w przypadku pkt. c) czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia - w przypadku gdy:

a) ww. elementy cenotwórcze wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

b) cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

c) cena całkowita oferty jest rażąco niska tj. jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych

W ww. celu zamawiający zwróci się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu zgodnie z art. 90 ust. 1, z zastrzeżeniem, że w przypadku, o którym mowa w punkcie 3b zamawiający może zaniechać wezwania wykonawcy w przypadku gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia - art. 90 ust. 3 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy .

4) przyzna punkty oferentom nieodrzuconym zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w rozdziale XX siwz, w celu ustalenia którego wykonawcy oferta została oceniona jako najkorzystniejsza;

5) zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (wstępna weryfikacja JEDZ) i następnie:

a) W przypadku gdy wstępna weryfikacja potwierdzi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (pozytywna weryfikacja wstępna JEDZ) zamawiający wezwie wykonawcę do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów na ww. wezwanie jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352).

W przypadku gdy oświadczenia lub dokumenty wymagane przez zamawiającego, w treści ww. wezwania, potwierdzą pozytywną weryfikację wstępną JEDZ (pozytywna weryfikacja ostateczna) zamawiający dokona wyboru wyżej wymienionej oferty jako najkorzystniejszej.

Jeżeli wykonawca w odpowiedzi na ww. wezwanie nie złoży, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości (negatywna weryfikacja ostateczna), zamawiający wezwie do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zamawiający wezwie wykonawcę także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy

W przypadku gdy oświadczenia lub dokumenty złożone na ww. wezwanie, nie potwierdzą pozytywnej weryfikacji wstępnej JEDZ (negatywna weryfikacja ostateczna) zamawiający wykluczy wykonawcę z postępowania - art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy .

Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W przypadku gdy oświadczenia lub dokumenty złożone na ww. wezwanie, potwierdzą pozytywną weryfikację wstępną JEDZ (pozytywna weryfikacja ostateczna) zamawiający dokona wyboru oferty najkorzystniejszej i poinformuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

- wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację
- wykonawcach, którzy zostali wykluczeni (w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania z przyczyn, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy uzasadnienie zawiera powody, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę, zamawiający uznał za niewystarczające dla uznania, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania),
- wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5 ustawy , braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,
- unieważnieniu postępowania,
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne

W rozdziale IX. Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 i 5 pkt. 1 i 8 ustawy, zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy, w szczególności:

1) posiadają zdolności techniczne i zawodowe tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali:

a) co najmniej jedną usługę/dostawę w zakresie druku (przygotowanie do druku, drukowanie, przygotowanie do wysyłki) o wartości łącznej druku nie mniejszej niż 10 milionów PLN brutto (a w przypadku, jeżeli wartość w umowie została wyrażona w walucie obcej – równowartość 10 milionów PLN brutto wg średniego kursu NBP z dnia wykonania zamówienia);

b) co najmniej jedną usługę w zakresie dystrybucji przesyłek, do co najmniej 6 000 odbiorców, dostarczonych do tych odbiorców w okresie jednego dnia dystrybucji, w określonym przedziale godzin nie przekraczającym łącznie 3 godzin, z potwierdzeniem odbioru przesyłek przez adresatów

Zgodnie z pkt 3 tego rozdziału w przypadku gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia biorą udział wykonawcy występujący wspólnie, warunki, o których mowa powyżej, muszą spełniać łącznie, z zastrzeżeniem że:

- w zakresie ust. 1 pkt 1a) warunek musi spełnić samodzielnie co najmniej jeden z wykonawców występujących wspólnie,

- w zakresie ust. 1 pkt 1b) warunek musi spełnić samodzielnie co najmniej jeden z wykonawców występujących wspólnie, natomiast brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 i oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8 z zastrzeżeniem art. 24 ust. 7-10 ustawy musi spełnić każdy z wykonawców.

W rozdział XI. Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy /pozostałe dokumenty, zamawiający w pkt. 3 wymagał złożenia wypełnionych i podpisanych formularzy cenowych – wg wzorów wskazanych w punkcie 2, należy złożyć do oferty w formie oryginalnych wydruków papierowych oraz dodatkowo na płycie CD (wykonane w sposób możliwy do odczytania w programie MS Excel). Podstawą oceny zamawiającego będą jedynie oryginalne formularze cenowe złożone w formie papierowej. Ich brak stanowi podstawę do odrzucenia oferty. Formularze cenowe zamieszczone na płycie CD, nie będą oceniane, a ich brak nie będzie stanowił podstawy do odrzucenia oferty i będzie mógł być uzupełniony dla celów pomocniczych przy sprawdzeniu wyliczeń rachunkowych ceny oferty.

Zgodnie z rozdziałem XIV. Sposób przygotowania oferty i forma złożenia dokumentów, o których mowa w siwz:

1. Wykonawca ma prawo do złożenia jednej oferty.
2. Treść oferty musi odpowiadać treści siwz z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy.
4. Oferta musi być sporządzona w języku polskim na maszynie, komputerze lub ręcznie nieścieralnym atramentem.
5. Zaleca się ponumerowanie stron i ich spięcie w sposób uniemożliwiający przypadkowe zdekompletowanie.
9. Wzory formularzy należy wypełnić ściśle według wskazówek określonych w siwz.
10. Zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych formularzy jakichkolwiek zmian.

W załącznik nr 7 Formularz ofertowy zamawiający nakazał składanie następujących oświadczeń:

1. Oświadczam, że zapoznałem się ze wszystkimi postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz), akceptuję je i jestem gotów zawrzeć umowę z zamawiającym na ustalonych przez niego warunkach i we wskazanym przez niego miejscu i terminie.
2. Oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w siwz przy stosowaniu cen określonych w Formularzach cenowych, stanowiących załączniki 1a, 1b, 2a, 2b, 2c, 3a i 4a do niniejszej oferty.
3. Akceptuję termin wykonania zamówienia i jego etapów, warunki płatności i gwarancji określone w treści siwz.
6. Oświadczam, że powyższe ceny jak i ceny jednostkowe określone w Formularzach cenowych uwzględniają wszystkie elementy składowe zamówienia niezbędne do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

W załączniku nr 1 zamawiający w pkt. 1.4.3 i 4 zamawiający zawarł następujące wymogi:

Dodatkowo, jeżeli wystąpi taka konieczność zamawiający przekaze wykonawcy do konfekcjonowania i dystrybucji arkusze egzaminacyjne w brajlu wykonane w drukarni dla osób niewidomych. Do każdego arkusza w brajlu (dla osób niewidomych), o ile taki wystąpi wykonawca powinien dołączyć arkusz w czarnodruku, za którego druk odpowiada. Natomiast do każdego arkusza w czarnodruku wykonawca powinien dołączyć 3 kartki z logo CKE i napisem Centralna Komisja Egzaminacyjna, należy dołączyć odpowiednią płytę CD. Arkusz w brajlu wraz z zabezpieczonym czarnodrukiem z 3 kartkami z logo CKE i napisem Centralna Komisja Egzaminacyjna i ewentualnie płytą CD wykonawca pakuje pojedynczo do kopert z przezroczystej folii. Wykonawca wycenia arkusz czarnodruku razem z dołączonymi 3 kartkami z logo CKE.

W ofercie odwołującego W. Z. K na str. 31, 32 i 33 znajdują się arkusze cenowe i na str. Zblindowanie przedziurkowało wiersz 58, 130, 205, przy czym w odniesieniu do dwóch ostatnich pozycji niektóre cyfry są widoczne i zawierają następujące dane:

Poz. 58 kol. I – 82, kol. II – 1 sz, kol.III – 1 75, kol. IV – 2+za, kol. V – brak, kol. VI. 0zł., kol. VII-70zł., kol.VIII – 60zł., kol. IX - ,60zł., kol. X- 1,60zł., kol. XI – 1,60, kol.XII – 1, kol. XIII1, kol. XIV zł., kol. XV- 870,00

Poz. 130 -kol. I – 182, kol. II – 1 sz, kol.III – brak, kol. IV –druk, kol. V – brak, kol. VI. 0zł., kol. VII-00zł., kol.VIII – 00zł., kol. IX - ,00zł., kol. X- 1,00zł., kol. XI – 1,00, kol.XII – 1,00 kol. XIII brak, kol. XIV zł., kol. XV- 4,00

Poz. 205 kol. I – GR 24pk, kol. II – 1 s, kol.III – brak, kol. IV – druk, kol. V – 0zł, kol. VI. 00zł., kol. VII-00zł., kol.VIII – 00zł., kol. IX – 1,00., kol. X- 1,00, kol. XI – 1,00, kol.XII – 1,00, kol. XIII - brak, kol. XIV 00zł., kol. XV- 1,0

. Na płycie CD załączonej do oferty pozycje sporne zostały wypełnione i zawierają następujące dane:

Poz. 58 kol. I – GA-R7-182, kol. II – 1 szt, kol.III – 1 750, kol. IV – 2+zakładka, kol. V – 1,70zł., kol. VI. 1,70zł., kol. VII-1,70zł., kol.VIII – 1,60zł., kol. IX - 1,60zł., kol. X- 1,60zł., kol. XI – 1,60, kol.XII – 1,60 kol. XIII - 1,64 kol. XIV 2800,00zł., kol. XV- 2 870,00

Poz. 130 -kol. I – GM-M2/7-182, kol. II – 1 szt, kol.III – 4, kol. IV –druk CKE, kol. V – 1,00zł., kol. VI. 1,00zł., kol. VII-1,00zł., kol.VIII – 1,00zł., kol. IX – 1,,00zł., kol. X- 1,00zł., kol. XI – 1,00, kol.XII – 1,00 kol. XIII -1,00, kol. XIV – 4,00zł., kol. XV- 4,00

Poz. 205 kol. I – GR – P8-182 (24pkt)\*, kol. II – 1 szt., kol.III – 1, kol. IV – druk CKE, kol. V – 1,00zł, kol. VI. 1,00zł., kol. VII-1,00zł., kol.VIII – 1,00zł., kol. IX – 1,00zł., kol. X- 1,00zł., kol. XI – 1,00zł., kol.XII – 1,00zł., kol. XIII – 1,00zł., kol. XIV 1,00zł., kol. XV- 1,00,zł.

W formularzu w wersji pisemnej znajdują się pozycje czytelne, które posiadają taki sam opis jak pozycje sporne na płycie CD i wskazano w nich ceny jednostkowe netto, VAT i brutto i są to przykładowo pozycje:

.  
W ofercie odwołującego S. na str. 1- 7 załącznika nr 9 znajduje się umowa konsorcjum z dnia 4 września 2017r., w której w par. 1 wskazano umowa niniejsza określa zasady współpracy stron w ramach zawiązanego przez nie konsorcjum oraz realizacji druku i dystrybucja materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzania egzaminów w 2018r. (nr sprawy CKR/8/2017) dla Centralnej Komisji Egzaminacyjnej w przypadku uznania oferty stron za najkorzystniejszą i udzielenia im zamówienia przez zamawiającego. Z par 2 ust. 1 wynika, że strony wyrażają zgodną wolę udziału jako konsorcjum w postępowaniu przetargowym nr na Druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów w 2018roku (nr sprawy CKE/8/2017) i złożeniu wspólnej oferty oraz realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku uznania ich oferty za najkorzystniejszą i udzielenia im zamówienia przez zamawiającego. W ust. 2 wskazano, że strony konsorcjum zobowiązują



się m.in. do złożenia oferty zgodnej z wymogami określonymi w siwz i wspólnej realizacji przedmiotu zamówienia na zasadach określonych w niniejszej umowie jednakże w zgodzie z wymogami określonymi przez zamawiającego w siwz.

W par 5 ust. 3 pkt b wskazano, że strony zgodnie postanawiają, że w ramach realizacji umowy zawartej z zamawiającym członek konsorcjum C. Z. G. sp. z o.o. zobowiązany będzie do realizacji celu, o którym mowa w par 2 ust. 1 w zakresie:

- przygotowania do druku, druk, konfekcjonowanie (segregowanie, pakowanie) i dystrybucja do szkół materiałów egzaminacyjnych dla arkuszy (tytułów) o nakładach nieprzekraczających 10 000 egz.
- wydrukowania materiałów egzaminacyjnych brajlem,
- nagrywania płyt CD.

W ust. 4 strony zgodnie postanawiają, że w drodze aneksu do niniejszej umowy, zawartej po uprawomocnieniu się decyzji o udzieleniu zamówienia konsorcjum i zawarciu przez nie umowy z zamawiającym, szczegółowo uregulują kwestie związane z realizacją wspomnianej umowy w zakresie nie objętym postanowieniami umowy konsorcjum, w tym:

c) podziału pomiędzy strony obowiązków objętych treścią umowy zawartej z zamawiającym i zasad ich realizacji

W dniu 3 października 2017r. zamawiający wezwał odwołującego S. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do wyjaśnień, czy złożona oferta z prognozowaną ceną brutto za wykonanie zamówienia 25 983 608,94 zł. obejmuje zgodnie z umową konsorcjum z dnia 4 września 2017r. par 5 ust. 3 pkt b tiret drugie (załącznik nr 9 do oferty) wydrukowanie materiałów egzaminacyjnych brajlem.

W dniu 4 października wykonawca wyjaśnił, że potwierdził ważność oferty złożonej w dniu 21 września 2017 z prognozowaną ceną 25 983 608,94 i uwzględnił koszty wszystkich wymaganych składowych realizacji zamówienia określonych w siwz, w szczególności w załączniku nr 1 – OPZ. Zapisy umowy konsorcjum z dnia 4 września 2017r. par 5 ust. 3 pkt b dotyczą wewnętrznych podziałów realizacji zamówienia, niezbędnych i wymaganych przez zamawiającego czynności, w tym zabezpieczenia ewentualnej konieczności wykonania materiałów egzaminacyjnych brajlem. Ponadto wykonawca wykona zgodnie z zapisem siwz zadanie 1 pkt. 1.4.3.3., jeśli nastąpi taka konieczność, konfekcjonowanie i dystrybucję arkuszy egzaminacyjnych w brajlu, wykonanych w drukarni dla osób niewidomych, przekazanych przez zamawiającego.

Z ogłoszenia o wartości szacunkowej zamówienia nr CKE/SZAC/2017/10 wynika, że zamawiający przeprowadzi postępowanie na wydruk materiałów egzaminacyjnych w brajlu.

Izba oceniła powyższe dowody jako rzetelne, wiarygodne i wystarczające do dokonania ustalenia stanu faktycznego i zbadania czy podlega on subsumpcji pod podane przez odwołujących w zarzutach normy prawne.

Izba ustaliła, że zamawiający za dokument w formie pisemnej uznawał jedynie formularze cenowe w formie papierowych wydruków podpisane przez umocowane w imieniu wykonawców do działania osoby. Formularze cenowe należało sporządzić w formie elektronicznej, jak i wydruków papierowych. Zamawiający żądał złożenia do oferty formularzy cenowych w formie elektronicznej, choć nie pod rygorem odrzucenia oferty. Zamawiający nie miał dokonywać oceny ofert na podstawie formularzy elektronicznych, ale wydruków papierowych. Formularze elektroniczne miały dla zamawiającego walor pomocniczy i jak wynika z wyjaśnień złożonych przez pełnomocników zamawiającego na rozprawie miały służyć ułatwieniu zamawiającemu sprawdzenia poprawności obliczeń i zastosowanych formuł w formularzach papierowych. Zamawiający uznał, że takie postanowienia siwz nie pozwalają mu z treści formularzy elektronicznych ustalać jakichkolwiek treści oferty. Bezsporne jest pomiędzy stronami to, że u odwołującego W. Z. K doszło do przedziurkowania przy bindowaniu 3 pozycji wypełnionego i wydrukowanego oraz podpisanego formularza cenowego - załącznika nr 1a tj. poz. 58, 130 i 205. Jak wynika z ustaleń Izby usunięte częściowo dane nie były na tyle czytelne, aby na ich podstawie odtworzyć treść formularza cenowego w tych pozycjach. Odwołujący W. Z. K załączył do oferty formularze cenowe w wersji elektronicznej. Jak wynika z ustaleń poczynionych przez Izbę we wszystkich pozycjach poza 58, 130, 205 załącznika nr 1a treści tych pozycji w wersji papierowej i elektronicznej podane są takie same, co więcej zachowane fragmenty danych podanych w poz. 58, 130, 205 w wersji papierowej występują także w wersji elektronicznej. W ocenie Izby zatem na podstawie tego badania należało ustalić, że złożone formularze cenowe w wersji papierowej w zakresie załącznika nr 1a, są wiernym wydrukiem z formularza elektronicznego. Wydruk ten, który nabrał mocy dokumentu prywatnego przez opatrzenie go podpisami osoby upoważnionej do złożenia oferty.

W ocenie Izby taki stan faktyczny powoduje, że w jednej ofercie zamawiający posiadał wypełnione poz. 58, 130 i 205 na nośniku nie posiadającym cech dokumentu w formie zrównanej z formą pisemną, bo nie opatrzonego podpisem elektronicznym wykonawcy i poz. 58, 130 i 205 załącznika nr 1a w wersji dokumentu prywatnego obejmującego oświadczenie woli wykonawcy, które nie były kompletne. Izba ustaliła także, że pominięcie wartości z pozycji 58, 130 i 205 powoduje, że cena łączna załącznika nr 1a w wersji papierowej nie zgadza się dokładnie o wartość sumy tych pozycji obliczoną na podstawie formularza cenowego w wersji elektronicznej.

Izba ustaliła w zakresie oferty S., że bezsporne jest, że zamawiający nie wymagał składania umów konsorcjum do oferty i bezsporne jest, że odwołujący S. taką umowę do oferty załączył. W ocenie Izby bezsporne jest także, że w umowie konsorcjum w par. 5 ust. 3 lit. b tiret 2 znalazło się postanowienie, że C. Z. G. sp. z o.o. zobowiązane będą do realizacji celu,

o którym mowa w par. 2 ust. 1 w zakresie wydrukowania materiałów egzaminacyjnych brajlem. Z par 2 ust. 1 wynika, że strony wyrażają zgodną wolę udziału jako konsorcjum w postępowaniu przetargowym nr na Druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów w 2018 roku (nr sprawy CKE/8/2017) i złożeniu wspólnej oferty oraz realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku uznania ich oferty za najkorzystniejszą i udzielenia im zamówienia przez zamawiającego. Izba wzięła także pod uwagę, że w ust. 2 par. 2 strony zobowiązały do złożenia oferty zgodnej z wymogami określonymi w siwz i wspólnej realizacji przedmiotu zamówienia na zasadach określonych w niniejszej umowie jednakże w zgodzie z wymogami określonymi przez zamawiającego w siwz. Izba wzięła także pod uwagę to, że umowa konsorcjum nie ma charakteru ostatecznego także w zakresie podziału obowiązków pomiędzy wykonawcami, o czym świadczy par. 5 ust. 4 lit c, zgodnie z którym w drodze aneksu do niniejszej umowy, zawartej po uprawomocnieniu się decyzji o udzieleniu zamówienia konsorcjum i zawarciu przez odwołującego S. umowy z zamawiającym, szczegółowo uregulują kwestie związane z realizacją wspomnianej umowy w zakresie nie objętym postanowieniami umowy konsorcjum, w tym:

c) podziału pomiędzy strony obowiązków objętych treścią umowy zawartej z zamawiającym i zasad ich realizacji. Izba wzięła pod uwagę, także fakt, że w akapicie 1 i 3 wyjaśnień z dnia 3 października 2017r. odwołujący S. wyraźnie mówi o tym co stanowi treść jego oferty i odnosi to do obliczonej ceny ofertowej, zaś w akapicie 2 odnosi się wyłącznie do postanowień umowy konsorcjum i ewentualnego wykonania materiałów brajlem. Poza ofertą S. i złożonymi wyjaśnieniami nie istnieją inne dowody pozwalające na czynienie dodatkowych ustaleń, w szczególności twierdzeń zamawiającego i przystępującego W. Z. K o objęciu przedmiotem zamówienia wydruku materiałów egzaminacyjnych brajlem. Izba uznała, że przystępujący W. Z. K nie poparł swoich twierdzeń, co do tego, że wyższe ceny odwołującego S. w poz. 6, 28, 39, 71 i 72 są wynikiem objęcia ceną także wydruku materiałów brajlem. Przystępujący W. Z. K wywiódł to twierdzenie jedynie w oparciu o własną ofertę, a nie wykazał jaki jest minimalny czy średni koszt samego konfekcjonowania i dystrybucji, a jaki koszt wydruku brajlem. W ocenie Izby brak jest dowodu na to, że odwołujący S. koszt wydruku materiałów brajlem zawarł w wartości oferty, zamawiający nie podjął trudu wykazania tego faktu, a to jego obciążał w tym zakresie ciężar dowodowy, gdyż odwołujący S. nie mógł prowadzić dowodu na okoliczności, że nie wliczył tego kosztu w cenę (dowód na nieistnienie).

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Art. 7 [Zasady uczciwej konkurencji]

1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 14 [Stosowanie przepisów KC]

1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Art. 23 [Pełnomocnik reprezentujący wykonawców]

4. Jeżeli oferta wykonawców, o których mowa w ust. 1, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznej umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

Art. 87 [Oczywiste pomyłki; korekta]

1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

2. 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 ocenie Izby ustalony stan faktyczny w zakresie oferty S. wskazuje, że zamawiający błędnie ustalił swoje wątpliwości, co do zakresu przedmiotowego oferty. Umowa o współpracę pomiędzy wykonawcami nie ustala zakresu przedmiotowego zobowiązania wobec zamawiającego, a jak słusznie zauważył to odwołujący S., zasady współpracy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i została zawarta na etapie przed upływem terminu składania ofert. O zakresie przedmiotowym zaoferowanym świadczy natomiast treść formularza ofertowego. Oczywiście zamawiający może wyjaśniać swoje wątpliwości z wykonawcami, które dotyczą treści złożonej oferty, o ile nie prowadzą one do negocjacji złożonej oferty. Jednak w badanym przypadku zamawiający wadliwie wyłożył postanowienia umowy konsorcjum skupiając się jedynie na postanowieniu par. 5 ust. 3 litery b tiret 2, pomijając natomiast zupełnie postanowienia par. 2 ust. 1 do którego odsyłał wprost par 5 ust. 3 lit. b i par. 2 ust. 2, a także par. 5 ust 4. Gdyby zamawiający przeanalizował wpływ tych postanowień umownych na postanowienie par. 5 ust. 3 lit. b, to doszedłby do przekonania, że wzywanie odwołującego S. do wyjaśnień treści oferty jest zbędne. Izba w tym zakresie wzięła pod uwagę brzmienie art. 65 par. 2 kc, który stanowi - W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Ten cel i zamiar stron jest w ocenie Izby w sposób czytelny i

jednoznaczny wyrażony w par. 2 ust. 2 i par. 5 ust. 4 umowy konsorcjum. Celem i zamiarem członków konsorcjum odwołującego S. było złożenie oferty zgodnej z siwz i realizacja umowy zawartej z zamawiającym w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w siwz, a ustalony na etapie przed złożeniem oferty podział zakresów realizacji zamówienia pomiędzy członków konsorcjum mógł być aneksowany po wyborze oferty najkorzystniejszej. Z tych postanowień wynika zdaniem Izby wola odwołującego S., aby na każdym etapie postępowania zakres jego świadczenia dla zamawiającego był zgodny z siwz. Izba dała w tym zakresie w pełni wiarę wyjaśnieniom odwołującego S., że rozdział zadań pomiędzy oboma wykonawcami obejmował maksymalnie szeroki zakres zadań jakie mogą być zlecone przez zamawiającego, na wypadek, gdyby zamawiający oczekiwał szerszej realizacji zamówienia niż wynikało to z treści ogłoszenia o zamówieniu, jednak zaoferował zamawiającemu w ofercie przedmiot zgodny z siwz. To oświadczenie jest bowiem poparte treścią par. 2 ust. 2 i par. 5 ust. 4 umowy konsorcjum, jak też wyjaśnieniami z dnia 3 października 2017r., gdzie przystępujący, o tym co oferuje zamawiającemu wypowiada się wprost w akapicie 1, a w akapicie 2 odnosi się do postanowień umowy konsorcjum i wskazuje na ewentualną możliwość wykonania na rzecz zamawiającego materiałów brajlem, ale w ocenie Izby nadal jest to zastrzeżone pod warunkiem, że taki wydruk będzie objęty przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby ustalenie, że z akapitu 2 wyjaśnień wynika potwierdzenie, że odwołujący S. objął przedmiotem swojej oferty wydruk materiałów brajlem i wliczył ten koszt w cenę odbiega od treści tych wyjaśnień i nie koresponduje z postanowieniami umownymi, na które Izba zwróciła uwagę.

Izba w zakresie ustalonego stanu faktycznego co do oferty odwołującego W. Z. K uznała, że załącznik 1 a w wersji papierowej był dokumentem, a wersja elektroniczna takim dokumentem też była w rozumieniu art. 77<sup>3</sup> kc, który stanowi, że dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią, ale była wymagana przez zamawiającego. Izba oceniła, że zamawiający nie był konsekwentny w swoim działaniu, gdyż z jednej strony ustalał treść oferty S. na podstawie niewymaganego przez niego dokumentu, a z drugiej dokumentowi, którego wymagał odmówił jakiegokolwiek znaczenia dla przedmiotowego postępowania. To w ocenie Izby stanowi o braku przejrzystości przedmiotowego postępowania, gdyż wykonawcy nie wiedzą jakimi zasadami przy badaniu i ocenie ich ofert zamawiający będzie się kierował, a nadto zamawiający te zasady w ocenie Izby zmienił a toku postępowania, gdyż odmówił wersji elektronicznej formularza cenowego nawet charakteru pomocniczego, na który wskazywał w siwz. Zamawiający w ocenie Izby nawet nie zbadał, czy wersja papierowa i elektroniczna formularza cenowego odwołującego W. Z. K jest zbliżona w tak szerokim zakresie, że świadczy o tym, że gdyby wersja papierowej nie przedziurkowano, to byłyby one identyczne. Izba stwierdziła, że przepis art. 87 ust. 2 pkt

3 ustawy wskazuje, że zamawiający ma obowiązek poprawić ofertę wykonawcy, jeśli zawiera:

1. inne omyłki (nie ma tu ograniczonego katalogu omyłek, może być to także omyłka polegająca na wadliwym usunięciu z treści oferty fragmentów tej treści, w taki sposób, że niemożliwe jest ustalenie usuniętej treści na podstawie samej oferty sensu stricto, nie jest to omyłka nazwana jak omyłka rachunkowa czy pisarska, i ustawodawca nie wymaga aby była oczywista, a zatem zidentyfikowanie tego rodzaju omyłki może nie być widoczne na pierwszy rzut oka)
2. omyłki te mają polegać na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co w ocenie Izby ma miejsce w niniejszej sprawie, gdyż na podstawie pozostawionych w wersji papierowej fragmentów pozycji 58, 130 i 205 nie da się odtworzyć w pełni ich pierwotnej treści,
3. poprawa omyłki ma nie powodować istotnych zmian w treści oferty, co również w ocenie Izby w niniejszej sprawie zachodzi, gdyż właśnie brak tych pozycji powoduje, że załącznik nr 1a w wersji papierowej w wartości łącznej nie zgadza się z sumą wartości poszczególnych pozycji, tym samym usunięcie omyłek doprowadzi do tego, że oferta będzie poprawnie obliczona i zgodnie z łączną wartością podaną w tym załączniku. Ustawodawca nie nakazał, aby sposób poprawy wynikał wyłącznie z oferty sensu stricto, czyli formularza ofertowego, czy cenowego. W ocenie Izby sposób poprawy można ustalić na podstawie jakiegokolwiek elementu oferty sensu largo, który pozwoli na ustalenie prawidłowej treści oferty sensu stricto. Przyjęcie poglądu przeciwnego powodowałoby brak możliwości usunięcia omyłek w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nawet bardzo drobnych, których prawidłowo treść można ustalić na podstawie wiedzy dostępnej zamawiającemu. Nielogiczne jest także oświadczenie zamawiającego, że wersja papierowa formularza mogła służyć jako podstawa poprawy formularza elektronicznego, ale na odwrót nie, zwłaszcza w sytuacji, gdy wydruk papierowy dokonywany był z wersji elektronicznej, tym samym pierwotnym źródłem wiedzy o woli wykonawcy są informacje zawarte w wersji elektronicznej, które następnie wydrukowano i podpisano nadając moc dokumentu w formie pisemnej. Zamawiający dysponował zatem nośnikiem informacji na podstawie, którego mógł poprawić załącznik nr 1a i to bez stosowania analogii czy domysłów, czy występowania do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty, zwłaszcza, że sam w siwz nadał temu dokumentowi znaczenie pomocnicze. W ocenie Izby zamawiający nie dokonywał w tym zakresie zmiany treści oferty w sposób istotny, gdyż poprawa dotyczyła tylko trzech pozycji, co do których w dokumentach załączonych do oferty można było ustalić treść tych pozycji, a ich ustalenie nie

zmieniało łącznej wartości formularza cenowego, a więc nie prowadziło do istotnej zmiany treści złożonej oferty.

#### Art. 89 [Odrzucenie oferty]

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

W ocenie Izby ustalony w obu ofertach stan faktyczny nie nadawał się do subsumpcji pod tę normę prawną. W odniesieniu do oferty S. z tego powodu, że zamawiający w ocenie Izby błędnie wyłożył treść umowy konsorcjum i błędnie uznał, że z tej treści wynika, że odwołujący S. zaoferował innych – szerszy przedmiot zamówienia, niż określony przez zamawiającego w siwz. W odniesieniu do oferty W. Z. K natomiast w ocenie Izby powstała omyłka w ofercie W. Z. K nadawała się do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

W ocenie Izby ustalony stan faktyczny w ofercie S. nie nadał się do subsumpcji pod tę normę prawną, gdyż zamawiający nie wykazał, że odwołujący S. skalkulował ofertę doliczając do pozycji ofertowych koszt druku brajlem, a nadto w ocenie Izby zamawiający błędnie ustalił, że odwołujący S. skalkulował szerszy niż wymagany przez zamawiającego przedmiot zamówienia.

Art. 92 ust. 1. Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,

3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,

4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,

5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,

6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,

7) unieważnieniu postępowania

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W ocenie Izby ustalony stan faktyczny nadał się do subsumpcji pod normę art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy i zamawiający zachował się zgodnie z tym przepisem, gdyż podał uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty odwołującego S. wskazując, że w ocenie zamawiającego zaoferowano i skalkulowano szerszy przedmiot niż określony przez zamawiającego. To, że uzasadnienie zamawiającego nie wskazywało konkretnych pozycji ofertowych, czy było błędne, nie zmienia faktu, że zamawiający wypełnił treść przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Art. 93 [Unieważnienie postępowania]

1. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3

Izba uznała, że ustalony stan faktyczny nie nadaje się do subsumpcji pod tę normę prawną, gdyż zamawiający nieprawidłowo zbadał obie oferty i nieprawidłowo ustalił, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Art. 65 kodeksu cywilnego [Wykładnia]

§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

§ 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Izba oceniła, że ustalony stan faktyczny nadawał się do subsumpcji pod normę art. 65 par. 2 kc i norma ta została nieprawidłowo zastosowana przez zamawiającego, który nie zbadał zgodnego zamiaru stron umowy konsorcjum S. i celu tej umowy, a oparł się na dosłownym brzmieniu par. 5 ust. 3 lit. b tiret 2.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba oceniła, że odwołujący W. Z. K i odwołujący S. wykazali interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, czym wypełnili przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

**Sygn. akt KIO 2167/17**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - uznanie, że oferta odwołującego W. Z. K jest niezgodna z treścią siwz z uwagi na przedziurkowanie poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r., a w konsekwencji naruszenie art. 92 ust 1 pkt 7 i art. 93 ust. 3 ustawy przez uznanie, że zachodzi



przesłanka do unieważnienia postępowania.

Zarzut potwierdził się. Jak ustaliła Izba w zakresie faktycznym jak i prawnym zamawiający nieprawidłowo zastosował ten przepis do oferty odwołującego W. Z. K, błędnie przyjmując, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ma zastosowanie, podczas, gdy przepis ten nie nakazuje eliminowania każdej oferty zawierającej omyłki, a jedynie takiej, której nie można poprawić w drodze art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Tym samym zamawiający naruszył także normę art. 92 ust. 1 pkt 7 i art. 93 ust. 3 podając uzasadnienie faktyczne i prawne czynności unieważnienia postępowania, podczas, gdy oferta odwołującego W. Z. K nie podlegała odrzuceniu. Tym samym konieczne stało się nakazanie zamawiającemu przywrócenia tej oferty do postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy - przez zaniechanie poprawy omyłki oferty w poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. - w sytuacji gdy z załączonej do oferty płyty CD, jak i z samej treści ww. formularza zamawiający mógł powziąć wiedzę jak dokonać poprawy w poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r.

Zarzut potwierdził się. Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego i prawnego zamawiający niezgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie dokonał poprawy oferty odwołującego W. Z. K, mimo, że dysponował dokumentem złożonym do oferty i przez zamawiającego wymaganym na podstawie, którego dokonanie tej poprawy było możliwe. Tym samym konieczne stało się nakazanie zamawiającemu przywrócenia oferty odwołującego W. Z. K do postępowania, aby zamawiający mógł dokonać zaniechanej czynności poprawy tej oferty.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust 1 ustawy - przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień odwołującego W. Z. K w zakresie przedziurkowanych, a zatem niewidocznych wartości poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r.;

W ocenie Izby ten zarzut nie potwierdził się. Zamawiający dysponując formularzem elektronicznym miał możliwość ustalić treść brakujących części poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego w formie papierowej i sposób poprawy, ani jej zakres nie powinien być budzić wątpliwości zamawiającego, a jeśli tak dokonana poprawa nie byłaby zgodna z rzeczywistą wolą odwołującego W. Z. K, to ma on prawo do odmowy wyrażenia zgody na dokonaną poprawę.

Tym samym w ocenie Izby zamawiający prawidłowo nie zastosował art. 87 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy - przez zaniechanie poprawy omyłki oferty w poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r. -w sytuacji gdy z samej treści ww. formularza zamawiający mógł powziąć wiedzę jak dokonać poprawy w poz. 58, 130 i 205 formularza cenowego dotyczącego egzaminu gimnazjalnego kwiecień 2018r.

W ocenie Izby zarzut ten nie potwierdził się. Izba oceniła, że zaistniała w ofercie odwołującego W. Z. K omyłka nie była omyłką pisarską, ale inną omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i zamawiający w konsekwencji prawidłowo nie zastosował art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art 24 ust 2 pkt 16 ustawy - przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum S. Sp. z o.o. oraz D. C. Z. G. Sp. z o.o. z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut został wycofany przez odwołującego W. Z. K na rozprawie w dniu 30 października 2017r., a zatem nie podlegał rozpoznaniu.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego S., że odwołanie należało oddalić na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy z uwagi na to, że oferta odwołującego W. Z. K jest mniej korzystna od oferty przystępującego S.. Zamawiający na obecnym etapie nie ustalał jeszcze, która ze złożonych ofert jest ofertą ocenioną jako najkorzystniejsza, tym samym nie można ustalić, że w toku tej oceny, czy następnie badania ofert zamawiający nie ustali takich okoliczności, które spowodują, że oferta ta będzie wybrana jako najkorzystniejsza, a zatem jej przywrócenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Tym samym stwierdzone przez Izbę naruszenia ustawy przez zamawiającego mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, które nie będzie już postępowaniem unieważnionym, ale toczącym się dalej postępowaniem, którego wynik jest na obecnym etapie niepewny.

#### **Sygn. akt KIO 2169/17**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na nie wskazaniu, które postanowienia oferty odwołujących S. są sprzeczne z siwz oraz polegające na nie wskazaniu, które pozycje cenowe w ofercie odwołujących S. są obciążone błędem w obliczeniu ceny;

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne podstaw odrzucenia oferty odwołującego S.. To uzasadnienie nadawało się do

kontroli prawidłowości czynności zamawiającego tak przez samego odwołującego S. jak i przez Izbę. Tym samym zamawiający przez czynność jego sporządzenia nie naruszył art. 92 ust. 1 ani art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 23 ust. 4 ustawy przez jego niezastosowanie skutkujące nieuprawnionym badaniem umowy konsorcjum zawartej przez odwołujących S., podczas, gdy zamawiający nie jest w ogóle uprawniony do merytorycznego badania tego dokumentu a zwłaszcza nie jest uprawniony do badania tego dokumentu na etapie poprzedzającym wybór najkorzystniejszej oferty;

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający ma możliwość badania prawidłowości złożonej oferty nie tylko przez pryzmat formularza ofertowego, ale także inne złożone dokumenty. Istotą postępowania jest bowiem wybór oferty najkorzystniejszej, w tym także znaczeniu, że jest to wybór oferty ważnej. Bezsporne jest natomiast, to, że umowa konsorcjum nie była przez zamawiającego żądana na etapie składania ofert, a zatem nie doszło do naruszenia art. 23 ust. 4 ustawy przez zamawiającego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy przez błędne zastosowanie polegające na zastosowaniu trybu z art. 87 ust. 1 ustawy do nie budzącej wątpliwości oferty;

Zarzut jest zasady. W ocenie Izby zamawiający zastosował ten przepis wobec oferty odwołującego S., gdyż wybiórczo zanalizował treść umowy konsorcjum pomijając istotne dla wykładni tej umowy postanowienia, a w konsekwencji błędnie przyjął, że złożona oferta budzi wątpliwości, co do jej zgodności z wymaganiami siwz. W ocenie Izby ten zarzut nie jest spóźniony, gdyż dla jego postawienia nie jest jedynie istotny termin dokonania czynności przez zamawiającego, ale także to, czy wobec odwołującego S. w terminie liczonym od podjęcia czynności wyjaśnień ziszcza się już przesłanka materialnoprawna dopuszczalności odwołania o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby odwołujący S. w okolicznościach niniejszej sprawy kwestionując samo wezwanie do wyjaśnień nie byłby jeszcze w stanie wykazać możliwości poniesienia szkody. Tym samym jak Izba ustaliła pod względem faktycznym i prawnym zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 87 ust. 1 ustawy przez wezwanie odwołującego S. do wyjaśnień, zamiast zapoznać się z całością postanowień umowy konsorcjum, które powinny doprowadzić go do wniosku, że nie ma sprzeczności wewnętrznej oferty pomiędzy formularzem ofertowym, a rzeczywistym zakresem świadczenia oferowanym przez odwołującego S. i w obu wypadkach jest to zakres zgodny z treścią siwz.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy przez błędne zastosowanie polegające na zastosowaniu trybu z art. 87 ust. 1 ustawy do wyjaśnienia treści oferty ze względu na treść innych dokumentów, które nie powinny podlegać badaniu przez zamawiającego

Izba nie podziela stanowiska, że zamawiający nie ma prawa dokonywać ustaleń co do ważności oferty na podstawie dokumentów niewymaganych. Sam ustawodawca dopuszcza taką możliwość dla kontroli, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu. Dotyczy to możliwości stworzonej zamawiającemu np. w odniesieniu do potwierdzania potencjału zawodowego u innych zamawiających. Tym bardziej zatem zamawiający ma prawo badać dokumenty, które dobrowolnie złożył mu sam wykonawca, a które mogą rzutować na ważność złożonej oferty.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie skutkujące zaniechaniem ponownego wezwania odwołujących S. do wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, pomimo iż zamawiający nabrał subiektywnego przekonania, że wyjaśnienia odwołujących S. są sprzeczne z treścią siwz, co pozbawiło odwołujących S. możliwości wykazania, że złożona przez nich oferta jest zgodna z siwz (zarzut poczyniony z ostrożności)

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający nie powinien był kierować do odwołującego S. już pierwszego wezwania, tym samym kolejne byłoby również zbędne.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 65 § 1 i 2 K.C oraz przez dokonanie błędnej wykładni oferty, oświadczeń odwołujących S. oraz umowy konsorcjum;

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby ustalony stan faktyczny i prawny powoduje, że Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie zastosował się do normy art. 65 par 2 kc, co w konsekwencji doprowadziło go do błędnej oceny oferty odwołującego S. jako podlegającej odrzuceniu, podczas gdy prawidłowe zastosowanie art. 5 par. 2 kc prowadziłyby zamawiającego do odmiennej oceny stanu faktycznego w niniejszej sprawie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołujących S., pomimo, iż jest ona zgodna z treścią siwz;

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby ustalony stan faktyczny i prawny nie daje podstaw do uznania, że oferta odwołującego S. jest niezgodna z treścią siwz i oferuje szerszy niż

wymagany przez zamawiającego zakres przedmiotowy. Tym samym konieczne stało się nakazanie zamawiającemu przywrócenia oferty odwołującego S. do postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy przez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołujących S., pomimo, iż oferta odwołujących S. nie zawierała żadnych braków w obliczeniu ceny i kosztów i odpowiada w całości wymaganiom wskazanym w siwz

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby ustalony stan faktyczny i prawny nie daje podstaw do uznania, że oferta odwołującego S. jest obliczona niezgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny w treści siwz i kalkuluje szerszy niż wymagany przez zamawiającego zakres przedmiotowy. Tym samym konieczne stało się nakazanie zamawiającemu przywrócenia oferty odwołującego S. do postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez jego błędne zastosowanie skutkujące uznaniem, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu i w konsekwencji unieważnienie postępowania podczas, gdy oferta odwołujących S. była zgodna z treścią siwz, nie zawierała błędów przy wyliczeniu ceny i nie powinna podlegać odrzuceniu.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Według ustalonego stanu faktycznego i prawnego wynika, że oferta S. nie podlegała odrzuceniu, a zatem zamawiający dysponował ofertą, która mógł ocenić i poddać badaniu, a zatem zamawiający nieprawidłowo zastosował normę art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. Tym samym konieczne stało się nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie, czego wyrazem było przeprowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą przejrzystości, proporcjonalności, zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut potwierdził się. Zamawiający unieważnił postępowanie, w sytuacji, w której dysponował ofertą niepodlegającą odrzuceniu, co godzi w ocenę Izby w zasadę przejrzystości postępowania, a także w zasadę równego traktowania wykonawców. Tym samym konieczne okazało się nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego W. Z. K., że odwołanie należało oddalić na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy z uwagi na to, że odwołujący S. podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, gdyż złożył nieprawdziwe informacje w zakresie posiadanego doświadczenia zawodowego oraz podwykonawstwa. Przystępujący nawet nie uprawdopodobnił tej okoliczności, a zamawiający na obecnym etapie nie ustalał jeszcze, która ze złożonych ofert jest ofertą ocenioną jako najkorzystniejsza, tym samym nie można ustalić, że w toku tej oceny, czy następnie badania ofert zamawiający nie ustali takich okoliczności, które spowodują, że oferta ta będzie wybrana jako najkorzystniejsza, a zatem jej przywrócenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Tym samym stwierdzone przez Izbę naruszenia ustawy przez zamawiającego mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, które nie będzie już postępowaniem unieważnionym, ale toczącym się dalej postępowaniem, którego wynik jest na obecnym etapie niepewny.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238 ze zm. z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet kosztów postępowaniu uiszczone przez odwołujących wpisy oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołujących kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz kosztami zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożonymi fakturami VAT ograniczając wysokość wynagrodzenia do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie.

**Przewodniczący:** .....