

Sygn. akt: KIO 1710/16

WYROK

z dnia 26 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2016 r. przez **D.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DATEN D.K.,**

w postępowaniu prowadzonym przez **26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ramach ww. części;
2. Kosztami postępowania obciąża 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zegrzu na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zegrzu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Zakup i dostawa wyposażenia sprzętu łączności i informatyki oraz urządzeń peryferyjnych dla 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zegrzu i Jednostek Wojskowych będących na jego zaopatrzeniu.*

W dniu 12 września 2016 r. wykonawca D.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DATEN D.K. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty w części II zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 6 września 2016 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w części nr II (PHPU Z., A.Z., w ocenie Zamawiającego – jedynej nie podlegającej odrzuceniu) oraz o odrzuceniu pięciu pozostałych ofert, w tym oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty Zamawiający wskazał jedynie, że oferta została złożona na formularzu ofertowym bez uwzględnienia wprowadzonych przez Zamawiającego zmian. Zamawiający dodał również, że nie mógł zastosować procedury przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż prowadziłoby to do istotnej zmiany treści oferty.

Odwołujący podniósł, że w treści uzasadnienia odrzucenia oferty nie zostały wprost wskazane żadne rozbieżności pomiędzy wymaganiami określonymi w SIWZ a treścią oferty Odwołującego. Okoliczność ta uniemożliwia Odwołującemu na tym etapie jakkolwiek polemikę z zarzutami w zakresie niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ. Wskazał, że opis przedmiotu zamówienia dla Części II zawarty w Formularzu Cenowym, stanowiącym Załączniki nr 2B do SIWZ, był w trakcie trwania postępowania kilkakrotnie zmieniany, czego konsekwencją było czterokrotne przesuwanie terminu składania ofert. Ostateczna treść Formularza Cenowego została określona w dniu 11 sierpnia 2016 r. w dokumencie pn.: „Formularz Cenowy – Część II – zmiana 11.08.2016”. Przedmiot zamówienia został określony w kolumnie 2: „Przedmiot zamówienia” i obejmował 50 pozycji asortymentowych. Termin składania ofert został ostatecznie wyznaczony na dzień 17 sierpnia 2016 r., godz. 10.

Odwołujący podkreślił, w odróżnieniu do niektórych wykonawców, których oferty również zostały odrzucone, złożył swoją ofertę już po opublikowaniu przez Zamawiającego ostatecznej treści SIWZ, tj. w dniu 17 sierpnia 2016 r. tuż przed upływem wyznaczonego terminu składania ofert i uwzględnił w niej wszystkie zmiany wprowadzane przez Zamawiającego w trakcie postępowania, a treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ. Dołączony do oferty Formularz Cenowy dla Części II (str. 12-15 oferty) zawiera wszystkie pozycje asortymentowe zgodnie ze wzorem określonym przez Zamawiającego i uwzględnia wszystkie odpowiedzi Zamawiającego udzielone na pytania do SIWZ zadawane przez wykonawców w trybie art. 38 ustawy Pzp. Pomijając nieliczne oczywiste omyłki pisarskie, podlegające obligatoryjnej poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jedyne różnice między ofertą Odwołującego a dokumentacją Postępowania sprowadzają się do tego, że Odwołujący w niektórych pozycjach asortymentowych, w kolumnie 2 „Przedmiot zamówienia”, uzupełnił opis dokonany przez Zamawiającego o dodatkowe informacje doprecyzowujące oferowany asortyment. Jednakże z całą pewnością te dodatkowe informacje w żadnej mierze nie są niezgodne z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdz. VIII pkt 1 SIWZ wykonawcy zobowiązani byli wypełnić Formularz cenowy – z wykorzystaniem wzoru wg Załącznik nr 2A, 2B i 2C do SIWZ odpowiednio dla Części I, Części II i Części III przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonał zmian w formularzu cenowym (załącznik nr 2B do SIWZ) w dniach 27 lipca 2016 r., 4 sierpnia 2016 r. i 11 sierpnia 2016 r. Odwołujący złożył wraz z ofertą wypełniony Formularz cenowy. W dniu 6 września 2016 r. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego oraz ofert czterech innych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający podał wspólne dla wszystkich wykonawców uzasadnienia faktyczne odrzucenia, o treści: *Zamawiający w wyniku składanych przez potencjalnych dostawców zapytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia kilkakrotnie modyfikował formularze ofertowe poprzez usuwanie pozycji z formularzy i modyfikowanie zapisów w poszczególnych pozycjach formularzy ofertowych. Po każdej zmianie Zamawiający zamieszczał poprawioną specyfikację na swojej stronie internetowej. Ww. wykonawcy składający oferty w ramach Części II złożyli je na formularzach ofertowych bez uwzględnienia wprowadzonych przez Zamawiającego zmian. Zamawiający nie mógł poprawić oferty złożonych przez Wykonawców w trybie art. 87 st. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż poprawienie ich w tym przedmiocie prowadziłoby do istotnej zmiany ich treści.*

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że odwołanie podlega uwzględnieniu przez sam fakt przedstawienia uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia, z którego nie sposób powziąć wiedzy, jakie konkretnie okoliczności były podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania (14 lipca 2016 r.), niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Nieprzedstawienie pełnego uzasadnienia odrzucenia oferty, niepodanie wykonawcy podstaw faktycznych tej czynności (zakresu nieprawidłowości i przyczyn, dla których zamawiający uznaje je za mające znaczenie merytoryczne) i powoływanie się na nie dopiero w toku postępowania odwoławczego, stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podstawy faktyczne odrzucenia oferty nie mogą pozostawać w sferze domysłów wykonawcy, ale muszą być mu wprost

zakomunikowane. Nie jest również zadaniem Izby dociekanie w toku postępowania odwoławczego, w czym Zamawiający upatrywał takiej niezgodności i ustalanie, w zastępstwie Zamawiającego, zakresu nieprawidłowości w odrzuconej ofercie.

W niniejszej sprawie Zamawiający, informując o wyniku postępowania, podał jedynie ogólnie, zbiorczo – w odniesieniu do wszystkich wykonawców, których oferty zostały odrzucone, że przyczyną odrzucenia było nieuwzględnienie zmian w Formularzu cenowym. Tym samym Odwołujący, będący jednym z pięciu wykonawców, których oferty zostały odrzucone, nie został poinformowany, jakie nieprawidłowości zostały stwierdzone w jego ofercie. Zamawiający nie wskazał, jakich zmian w Formularzu Odwołujący nie uwzględnił, ilu i których pozycji to dotyczy oraz dlaczego zdaniem Zamawiającego nieuwzględnienie tych zmian powoduje merytoryczną niezgodność treści oferty z treścią SIWZ (tylko niezgodność o takim charakterze może być podstawą odrzucenia oferty, w przeciwieństwie do niezgodności jedynie formalnej).

Zamawiający dopiero na rozprawie poinformował, że niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ dostrzeżę w poz. 18 Formularza, w której Odwołujący zamieścił opis podany przez Zamawiającego, a następnie zmieniony. Odwołujący wpisał w poz. 18 opis z pierwotnego brzmienia SIWZ: *Pamięć ram do serwera Power Edge T170 16 GB Service Tag GSK89W4J*), który w dniu 11 sierpnia 2016 r. został przez Zamawiającego zmieniony na następujący: *Pamięć ram do serwera Power Edge T710 16 GB Service Tag GSK89W4J*. Podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego zostały więc sprecyzowane dopiero w toku postępowania odwoławczego, a wykonawca pozbawiony był możliwości podjęcia w odwołaniu polemiki z dokonaną przez Zamawiającego oceną. Wobec treści przekazanego Odwołującemu uzasadnienia odrzucenia, która nie dawała *de facto* żadnej wiedzy na temat konkretnych przyczyn tego odrzucenia, Odwołujący nie sformułował zarzutów odnoszących się do oceny poz. 18 Formularza i nie podjął polemiki z tą oceną, nie zostało mu bowiem zakomunikowane, że właśnie w opisie tej pozycji Zamawiający upatruje niezgodności z SIWZ. Gdyby Zamawiający przedstawił przyczynę odrzucenia oferty w przekazanym wykonawcy uzasadnieniu, a nie dopiero podczas rozprawy, odwołanie z pewnością miałooby zupełnie inną treść, nie opierałoby się na kwestionowaniu ogólnego i nieprecyzyjnego uzasadnienia, ale zmierzałoby do wykazania, że opis poz. 18 Formularza nie uzasadniał odrzucenia oferty. Możliwości takiej Odwołujący został jednak pozbawiony.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik postępowania. W świetle ogólnego, nieprecyzyjnego i nieodnoszącego się wprost do oferty Odwołującego uzasadnienia odrzucenia, czynność tę należy uznać za niezasadną. Jednocześnie za nieuzasadnione

należy uznać wyrażone w odwołaniu wątpliwości co do możliwości oparcia odwołania na zarzucie naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że wartość zamówienia jest niższa niż tzw. progi unijne. Należy bowiem zauważyć, że w postępowaniach podprogowych ustawa dopuszcza możliwość wniesienia odwołania wobec odrzucenia oferty odwołującego (art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). Zasadność odrzucenia oferty Izba ocenia przez pryzmat przedstawionego przez Zamawiającego uzasadnienia. Uzasadnienie odrzucenia jest bezpośrednio i ściśle związane z oceną zasadności tej czynności, jest więc oczywiste, że wykonawca kwestionując odrzucenie swojej oferty odnosi się do przekazanego mu uzasadnienia, w tym do jego merytorycznej jakości.

Wobec nieprzekazania Odwołującemu kompletnej informacji o podstawach faktycznych odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji wobec treści zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba nie mogła objąć zakresem swojego rozstrzygnięcia kwestii zgodności z SIWZ poz. 18 Formularza cenowego i zasadności odrzucenia oferty z powodu brzmienia opisu przedmiotu zamówienia w tej pozycji. Z oczywistych powodów (brak informacji od Zamawiającego) odwołanie nie obejmowało zarzutów skierowanych przeciwko ocenie tego konkretnego elementu oferty, a Izba – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W tej sytuacji na marginesie jedynie wskazać należy, że błąd w ofercie Odwołującego polegał na przestawieniu cyfr 1 i 7 w oznaczeniu serwera, którego dotyczy oferowana pamięć ram (T170 zamiast T710) i był powieleniem błędu popełnionego wcześniej przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, a także przyznaną przez Zamawiającego okoliczność, że serwer Power Edge T170 w ogóle nie istnieje, jak również fakt zidentyfikowania oferowanej pamięci ram przez podanie oznaczenia Service Tag, trudno byłoby zaprzeczyć, że błąd w ofercie Odwołującego był wynikiem omyłki, mającej cechy oczywistej omyłki pisarskiej.

Podsumowując, Zamawiający naruszył przepisy 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na wynik postępowania, w związku z czym odwołanie podlegało uwzględnieniu, a Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od

odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania
(Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: