

Sygn. akt: KIO 1252/15

WYROK

z dnia 21 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2016 r. przez wykonawcę **FADBET spółka akcyjna w Białymstoku** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Dziecięcy im. prof. dr med. J. Bogdanowicza Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **T. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PB PROBUD 1 T. P. w Raszynie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **FADBET spółka akcyjna w Białymstoku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez **FADBET spółka akcyjna w Białymstoku** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Szpital Dziecięcy im. prof. dr med. Jana Bogdanowicza w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja pomieszczeń 1 piętra budynku F dla podtrzymania działalności Zakładu Rehabilitacji”,

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 czerwca 2016 r., poz. 72617 Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 11 lipca 2016 r. Fadbet spółka akcyjna w Białymstoku (dalej: Odwołujący albo Wykonawca) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy, pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności, bowiem treść oferty Wykonawcy odpowiada SIWZ,
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia w ofercie innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, co nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty;
- 3) art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, co do ewentualnego istnienia przesłanki odrzucenia oferty Wykonawcy;
- 4) art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez uznanie, że oferta Wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą;
- 5) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez nierówne traktowanie wykonawców, przejawiające się w bezpodstawnym odrzuceniu oferty Wykonawcy oferującego najniższą cenę, co naruszyło zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Oznacza to, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty jest obowiązany poprawić w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych jest wyjątkiem od zasady, że złożona oferta musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i został wprowadzony w celu uniknięcia przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic, które muszą jednak mieścić się w pojęciu omyłki (wyrok SO w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., XII GA 429/09, LEX nr 558176). Celem art. 87 ust. 2 pkt 3 jest eliminowanie sytuacji, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z SIWZ (wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r., KIO 556/12). W przypadku poprawienia innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, istotne jest, czy w wyniku ich poprawienia mają miejsce negocjacje dotyczące złożonej oferty lub dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści (wyjątek stanowi art. 87 ust. 1a) w sposób na tyle odległy od treści poprawianej oferty, że nastąpi powstanie nowego oświadczenia woli, które w istocie sprowadzi się do wytworzenia nowej oferty, istotnie zmienionej. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 wymaga, aby poprawienie oferty, nie powodowało istotnych zmian w treści oferty. Chodzi zatem o oddanie intencji wykonawcy, wyrażonych w niedoskonały sposób w treści złożonej oferty. Ustawodawca wprowadził mechanizm służący potwierdzeniu tej intencji przez możliwość niewyrażenia zgody na dokonaną z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 poprawę, której skutkiem jest odrzucenie oferty (art. 89 ust. 1 pkt 7). Granice poprawienia innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, wyznacza przepis art. 87 ust. 1, który uprawniając zamawiającego do wyjaśnienia treści złożonej oferty, jednocześnie wprowadza zakaz prowadzenia między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1a i 2 Prawa zamówień publicznych, dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Odwołujący podnosił, że zmianie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych może podlegać cena oferty jak i sam przedmiot zamówienia. Możliwość dokonania takich zmian jest ograniczona względami ilościowymi, gdyż zmiany w zakresie ceny oraz przedmiotu oferowanego świadczenia niewątpliwie prowadzą do zmian istotnych elementów oferty. Możliwe jest wprowadzenie drobnych zmian w kosztorysie ofertowym -

możliwa jest korekta w zakresie kosztorysu ofertowego, jeżeli wynika z oczywistego błędu Wykonawcy i ma na celu doprowadzenie do złożenia prawidłowego oświadczenia woli Wykonawcy. Korekta w zakresie kosztorysu nie może powodować wprowadzenia nowych zapisów, zwłaszcza dotyczących nowych pozycji w kosztorysie, nieujętych w pierwotnym oświadczeniu woli. Dopuszcza się możliwość wprowadzenia zmian w kosztorysie, jeżeli z treści oferty wynika zamiar złożenia przez Wykonawcę oferty zgodnie z wymogami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty.

Użycie przez ustawodawcę art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych sformułowania z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, oznacza zdaniem Odwołującego, że **Zamawiający zobligowany** jest **poprawić inne omyłki** polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zatem, obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie omyłek wykonawcy oferty, a zatem kosztorysu (w przedmiotowej sprawie formularza cenowego) jako integralnej części oferty w przypadku niezgodności z SIWZ.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez Wykonawcę PB PROBUD 1 T. P., Dawidy, ul. Warszawska 18, 05-090 Raszyn jako najkorzystniejszej, poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego;
3. dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Wykonawcy;
4. dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z postanowieniami Prawa zamówień publicznych spośród wykonawców nie podlegających wykluczeniu i ofert nie podlegających odrzuceniu za jaką należy uznać ofertę Odwołującego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca T. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PB PROBUD 1 T. P. w Raszynie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona jako niezgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Podstawy faktyczne odrzucenia oferty Zamawiający opisał w następujący sposób:

- „Załącznik Nr 2 A do SIWZ - (Formularz Cenowy) w poz. 11 wymagał wyceny 5 szt. sprzętu do terapii ruchowej typu Master Redcord. Zgodnie z Załącznikiem Nr 2 B do SIWZ - (Formularz Asortymentowy) sprzęt do terapii ruchowej typu Master Redcord miał być wyposażony w 2 szt. materacy oraz 2 szt. drabinek gimnastycznych, drewnianych. Wykonawca w ofercie podał cenę 1 szt. sprzętu do terapii ruchowej typu Master Redcord wraz z 2 szt. materacy oraz 2 szt. drabinek gimnastycznych, drewnianych.

- Wykonawca dokonał modyfikacji Załącznika Nr 2 A - Formularz Cenowy poprzez dodanie dodatkowych wierszy do pozycji głównych, w których wpisał ceny, ilości oraz część niekompletnych danych tj. producent lub nazwa (symbol) wraz producentem.

Zamawiający w Formularzu cenowym wymagał podania ceny całkowitej dla asortymentu zgodnie z Załącznikiem Nr 2 A - Formularzem cenowym.

- W złożonej ofercie nie jest możliwe stwierdzenie czy podana cena jest ceną całkowitą zawierającą wszystkie elementy wskazane w opisie przedmiotu zamówienia czy rozdzielona jest na odrębne pozycje cenowe w zakresie danej pozycji asortymentowej.

Powyższe dotyczy:

Sprzęt medyczny podstawowy - pozycje: 1, 3, 4, 7, 11,12,

Leżanki i stoły - pozycja 2.

- Rozbieżności pomiędzy informacją podaną w Formularzu Cenowym a złożonymi dokumentami:

Drobny sprzęt rehabilitacyjny

w poz. 7, 8, 9, 10 dotyczących piłek typu Bobath o różnych średnicach, został podany producent Tera Band, który nie jest producentem. Z dokumentów wynika, że producentem jest firma The Hygenic Coiporation - Arkon.

w poz. 8 - Sprzęt do ciągłego biernego ruchu stawów - szyna CPM - producentem jest firma

Ormed GmbH, a nie jak podał Wykonawca Artromot Active K Kalmed Iwona Renz. w poz. 11 Sprzęt do terapii ruchowej typu Master Redcord - producentem jest Redcors P.O- Sraubo, a nie jak wpisał Wykonawca Meden Inmed Sp. z o.o.

- Brak wymaganych przez Zamawiającego informacji w Formularzu Cenowym:

w poz. 56 Waga łazienkowa (elektroniczna) - Wykonawca nie podał nazwy i producenta sprzętu.

w poz. 28 i 29 Ławka i ławka drewniana - Wykonawca nie podał nazwy producenta,

w poz. 32 Regał metalowy - Wykonawca nie podał nazwy producenta, w poz. 53

Zegar ścienny - Wykonawca nie podał nazwy producenta.”

2. Z powyższym nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie, domagając się powtórzenia oceny ofert. Zdaniem Odwołującego, treść jego oferty odpowiada treści SIWZ, niektóre omyłki powinny być poprawione w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych oraz powinien być on zawezwany w trybie ar. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych złożenia wyjaśnień „co do ewentualnego istnienia przesłanki odrzucenia oferty Wykonawcy”.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, w kontekście zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, że nie doszło do nieprawidłowego odrzucenia oferty, chociaż nie wszystkie podstawy faktyczne wskazane przez Zamawiającego prowadziły do odrzucenia oferty. Jednak wystarczy potwierdzenie choćby jednej podstawy faktycznej odrzucenia oferty – niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która nie nadaje się do wyjaśnienia ani poprawienia - aby zaistniał obowiązek odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ.

I tak, w niniejszym stanie faktycznym, o ile większość uchybień w ogóle nie miała znaczenia dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ (modyfikacja Załącznika Nr 2 A - Formularz Cenowy poprzez dodanie dodatkowych wierszy do pozycji głównych), bądź omyłki nadawały się do poprawy (Wykonawca w ofercie podał cenę 1 szt. sprzętu do terapii ruchowej typu Master Redcord wraz z 2 szt. materacy oraz 2 szt. drabinek gimnastycznych, drewnianych, podczas gdy sprzęt do terapii ruchowej typu Master Redcord miał być wyposażony w 2 szt. materacy oraz 2 szt. drabinek gimnastycznych, drewnianych), albo wyjaśnień (co do wątpliwości Zamawiającego, czy w złożonej ofercie jest możliwe stwierdzenie, czy podana cena jest ceną całkowitą zawierającą wszystkie elementy wskazane w opisie przedmiotu zamówienia, czy rozdzielona jest na odrębne pozycje cenowe w zakresie danej pozycji asortymentowej; rozbieżności co do nazw producenta pomiędzy formularzem ofertowym a kartami katalogowymi), to niektórych braków nie można uzupełnić, wyjaśnić ani poprawić.

W ocenie składu orzekającego można wyjaśnić czy poprawić te elementy oferty, które są niejasne czy budzą wątpliwości, bądź wyceniono niewłaściwe ilości asortymentu. Natomiast nie można ani poprawić, ani wyjaśnić, ani uzupełnić elementów oferty, których

w ogóle w ofercie - do terminu składania ofert - nie zamieszczono. Trudno w odniesieniu do wymienionego wyżej sprzętu, dla którego nie podano nazw i producenta, oceniać, czy jest istotny czy nieistotny dla przedmiotu zamówienia, skoro jest to (częściowo) dostawa wieloelementowa. O ile w przypadku robót budowlanych o zakresie realizacji zamówienia jednoznacznie decyduje projekt, to w przypadku dostawy punktem odniesienia wyłącznie jest SIWZ.

Brak wymaganych przez Zamawiającego informacji w Formularzu Cenowym (w poz. 56 Waga łazienkowa (elektroniczna) - Wykonawca nie podał nazwy i producenta sprzętu, w poz. 28 i 29 Ławka i ławka drewniana - Wykonawca nie podał nazwy producenta, w poz. 32 Regał metalowy - Wykonawca nie podał nazwy producenta, w poz. 53 Zegar ścienny - Wykonawca nie podał nazwy producenta) uniemożliwia w ogóle ocenę zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Gdyby zaakceptować postulaty Odwołującego konwalidowania jego oferty w tym zakresie, prowadziłyby to do niedozwolonego uzupełnienia treści oferty już po terminie do jej złożenia. Takie postępowanie godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców, dlatego należy uznać je za niedopuszczalne.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do wskazywanych w odwołaniu naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....