

WYROK
z dnia 26 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 września 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **9 września 2016 r.** wniesionego przez wykonawcę **Oxygen Information Technology sp. z o.o., ul. Rodziewiczówny 11, 05-420 Józefów** w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty **odwołującego**;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty **odwołującego**.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Oxygen Information Technology sp. z o.o., ul. Rodziewiczówny 11, 05-420 Józefów**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Bank Gospodarstwa Krajowego, Al.**

Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa na rzecz wykonawcy **Oxygen Information Technology sp. z o.o., ul. Rodziewiczówny 11, 05-420 Józefów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7 00-955 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na »Serwis urządzeń HP«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **13.07.2016 r.** pod nrem **2016/S 133-240478**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **30.08.2016 r.** o:

- 1) odrzuceniu oferty **wykonawcy Oxygen Information Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Józefowie, ul. Rodziewiczówny 11, 05-420 Józefów** na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp**;
- 2) unieważnieniu postępowania na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp**.

Wykonawca Oxygen Information Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Józefowie, ul. Rodziewiczówny 11, 05-420 Józefów, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **9.09.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie na unieważnienie postępowania.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp** przez odrzucenie oferty **odwołującego**, mimo że oferta spełnia wymagania i jest zgodna z **SIWZ**;
- 2) **art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp** przez unieważnienie postępowania;
- 3) **art. 87 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie wezwania **odwołującego** do wyjaśnień w zakresie treści oferty i sposobu wyliczenia ceny.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty **odwołującego**;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty **odwołującego**;
- 4) wybór oferty **odwołującego** jako oferty najkorzystniejszej;

- 5) zasądzenie od **zamawiającego** na rzecz **odwołującego** kosztów postępowania **odwołującego**.

Argumentacja **odwołującego**

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 87 Pzp

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty **odwołującego** na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp** twierdząc, że oferta jest niezgodna z **SIWZ** i zawiera błąd w obliczeniu ceny, którego **zamawiający** nie mógł poprawić w oparciu o dyspozycję wyrażoną w **art. 87 ust. 2 Pzp**.

Odwołujący wskazuje, że zaofferowana cena nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, gdyż zawiera wszystkie składowe za całość realizacji zamówienia, w tym należny podatek.

Zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę **odwołującego** wskazując, że skoro w **tabeli E w poz. 1.94-1.98 oraz 3.98-3.101** wpisał „zawarte w cenie sprzętu”, a nie podał cen jednostkowych to należy uznać, że oferta jest niezgodna z **SIWZ** i podlega odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Odwołujący podkreśla, że oświadczył w **formularzu ofertowym**, że: „zapoznał się z treścią **SIWZ**, a w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia i istotnymi postanowieniami umowy oraz że wykona zamówienie na warunkach i zasadach określonych w **SIWZ**”.

Odwołujący we wskazanych wyżej pozycjach wpisał „zawarte w cenie sprzętu”, gdyż uznał, że skoro **zamawiający** nie zastrzegł w **SIWZ** obowiązku określania cen jednostkowych wyłącznie w wartościach dodatnich oraz że odrzuci ofertę w przypadku wartości **0** za którykolwiek z elementów, to **odwołujący** może wpisać „**zawarte w cenie sprzętu**”, co równoznaczne jest, że ta pozycja wynosi **0,00 zł**. Oświadczenie „**zawarte w cenie sprzętu**” czyli wartość tej pozycji **0** nie przesądza o tym, że **odwołujący** nie oferuje wykonania tej pozycji, więc odrzucenie z tytułu niezgodności z **SIWZ** jest nieprawidłowe. Poza tym **zamawiający** udzielając zamówienia publicznego nie rozlicza się z **wykonawca** po cenach jednostkowych, tylko wartością wskazaną za zamówienie podstawowe i opcjonalne, więc ceny jednostkowe pełniły funkcję czysto informacyjną.

Niezrozumiałe jest działanie **zamawiającego**, polegające na odrzuceniu oferty ze względu na błąd w obliczeniu ceny. **Odwołujący** wycenił w całości przedmiot zamówienia. Jest to cena realna, zawierająca wszystkie elementy składowe przedmiotu zamówienia jak również zysk (wynagrodzenie **wykonawcy**).

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych pełni również funkcję naprawczą. Ustawa zobowiązuje **zamawiającego** do pełnej analizy **oferty** i wyczerpania wszystkich przesłanek do wyjaśnień, uzupełnień. Wobec tego, jeśli **zamawiający** miał wątpliwości, to miał obowiązek wezwać **odwołującego** do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: **KIO 2725/11, KIO 2542/11 i KIO 1302/14 (KIO 496/10)**.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1

Konsekwencją odrzucenia oferty **odwołującego** było unieważnienie postępowania, gdyż w postępowaniu do upływu terminu składania ofert, została złożona tylko jedna oferta – oferta **odwołującego**.

Wobec tego, skoro **odwołujący** podnosi i dowodzi, że złożona oferta jest ważna, nie zawiera błędów w obliczeniu ceny i jest zgodna z **SIWZ** tym samym unieważnienie postępowania jest czynnością niewłaściwą. Oferta **odwołującego** powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 09.09.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp)**.

Zamawiający nie przesłał kopii odwołania innym wykonawcom, bo jedynie **odwołujący** złożył ofertę (**art. 185 ust. 1 in initio Pzp**).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie **Izby**, zarzut **pierwszy** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp** przez odrzucenie oferty **odwołującego**, mimo że oferta spełnia wymagania i jest zgodna z **SIWZ** – zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że **zamawiający** odrzucił ofertę **odwołującego** powołując się na **art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp**. Przepisy te brzmią »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] [2] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 [...] [6] zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu«.

W postępowaniu została złożona tylko jedna oferta, dlatego **zamawiający** musiał unieważnić postępowania zgodnie z **art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp**, który to przepis brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] 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«.

Jako podstawę odrzucenia oferty **zamawiający** wskazał, że w formularzu cenowym stanowiącym integralną część oferty **odwołujący** wskazał realnie wartość **0 zł** w miejscach wymaganych przez **zamawiającego**. W **kolumnie E w wierszach 1.94-1.98 tabeli 1** oraz w **wierszach 3.98-3.101 tabeli 3 odwołujący** wpisał sformułowanie »zawarte w cenie sprzętu« (w rzeczywistości **odwołujący** wpisał w tych miejscach sformułowanie »zawarte w wycenie sprzętu«, ale ta omyłka nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania).

Izba stwierdza, że **zamawiający** – powołując się na **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – musi wskazać konkretną treść postanowienia **specyfikacji**, której nie odpowiada precyzyjnie wskazana treść oferty. **Zamawiający** nie wykazał postanowienia **specyfikacji**, do którego **odwołujący** nie zastosował się. W szczególności **zamawiający** nie wskazał, że któreś postanowienie **specyfikacji** zakazuje **wykonawcy** agregowania cen w poszczególnych pozycjach formularza cenowego. Ponadto mimo zawarcia pewnych elementów ceny w innych elementach – cena obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia tak w części gwarantowanej (podstawowej) jak i w opcjonalnej.

Na kontrargument **zamawiającego**, że »Odrzucenie oferty musi nastąpić zgodnie z samym przepisem ustawy, a nie musi być szczegółowo bądź w jakimkolwiek innym stopniu omówione w specyfikacji« **Izba** wskazuje, że jednak, mimo zasadności tego stwierdzenia, **zamawiający** nie wykazał niezgodności treści oferty z treścią **specyfikacji**, a więc **zamawiający** nie wykazał zaistnienia przesłanki do odrzucenia oferty unormowanej w **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Izba także podkreśla, że zgodnie z utartym orzecznictwem, jeżeli w specyfikacji są jakieś nieścisłości to nie można ich tłumaczyć na niekorzyść **wykonawcy**.

Za taką nieścisłość można uważać pominięcie dokładnego wskazania przez **zamawiającego** postanowienia specyfikacji, które **zamawiający** zinterpretował w »Informacji o unieważnieniu postępowania« – pismo **zamawiającego** z **30.08.2016 r.**

Także **zamawiający** nie wykazał istotności ujawnienia cen częściowych zawartych w formularzu cenowym do przyszłego ewentualnego rozliczania należności za wykonanie przedmiotu zamówienia. W związku z tym należy ten formularz traktować pomocniczo, informacyjnie.

Wreszcie zsumowanie przez **odwołującego** niektórych cen częściowych wyszczególnionych przez **zamawiającego** w formularzu cenowym nie spowodowało, że można stwierdzić, że **odwołujący** pominął te wartości w obliczaniu globalnej ceny ofertowej, a w każdym razie **zamawiający** tego nie wykazał. Wprost przeciwnie **odwołujący** zastosował się do postanowień **części XV SIWZ**, gdzie **zamawiający** uregulował sposób obliczania ceny. W związku z tym **Izba** musi stwierdzić, że **zamawiający** – bez pokazania podstaw faktycznych – stwierdził, że **odwołujący** nie zastosował się do postanowień **części XV SIWZ**, która odpowiadała **art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp**. Z tego względu **zamawiający** bezpodstawnie wskazał na konieczność odrzucenia oferty na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp** brzmi »Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej [...] opis sposobu obliczenia ceny«.

Jednocześnie **Izba** stwierdza, że bezzasadny jest argument **odwołującego**, że **odwołujący** sporządził kwestionowaną część oferty prawidłowo, bo opracował tę część oferty na podstawie oferty innego podmiotu współpracującego z **zamawiającym**. Nie biorąc w tych rozważania pod uwagę nadrzędności przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i aktów wykonawczych, w postępowaniu najważniejszym dokumentem jest **specyfikacja istotnych warunków zamówienia** i do postanowień tej specyfikacji **wykonawca** w pierwszym rzędzie ma się stosować. **Izba** zauważa, że w rozpoznawanym postępowaniu **odwołujący** sporządził swoją ofertę zgodnie z postanowieniami specyfikacji sporządzonej przez **zamawiającego**, mimo że w niektórych miejscach oferty **odwołujący** wzorował się na innym dokumencie niż specyfikacja – **odwołujący** wzorował się na zastrzeżonej ofercie innego podmiotu.

Z wyżej przytoczonych powodów **Izba** przychyliła się do zarzutu **pierwszego** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp** przez odrzucenie oferty **odwołującego**.

W ocenie **Izby**, zarzut **drugi** naruszenia **art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp** przez unieważnienie postępowania – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że ze względu na wykazany wyżej brak podstawy odrzucenia oferty **odwołującego**, **zamawiający** nie może unieważnić postępowania na podstawie **art. 93 ust.**

1 pkt 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] 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«.

W ocenie **Izby**, zarzut **trzeci** naruszenia **art. 87 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie wezwania **odwoływającego** do wyjaśnień w zakresie treści oferty i sposobu wyliczenia ceny – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że **zamawiający** jest obowiązany prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością. W związku z tym, jeżeli natyka się na niezrozumiałą treść oferty lub choćby jeżeli **zamawiający** ma wątpliwości do treści oferty **wykonawcy**, to **zamawiający** jest zobligowany do skorzystania z uprawnienia zawartego w **art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp**, który to przepis brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert«. **Izba** stwierdza, że **zamawiający** zaniechał wystosowania żądania wyjaśnienia treści oferty i jednocześnie odrzucił ofertę ze względu na stwierdzenie, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Tym samym **zamawiający** uchybił powinności zażądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści oferty, a więc zamawiający naruszył **art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp**.

Zamawiający naruszył **art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze, art. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp**.

Izba nie wzięła pod uwagę przytoczonych przez odwoływającego wyroków KIO z tego względu, że stany faktyczne odbiegały zbyt dalece od stanu faktycznego w rozpoznawanym postępowaniu.

Z powyższych względów uwzględniono **odwołanie**, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwoływającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: