

POSTANOWIENIE

z dnia 29 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego w dniu **29 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2014 r.

przez wykonawcę: **BMP Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu pn. *Dostawa części zamiennych do pojazdów bojowych i kołowych* (nr postępowania 107/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa Nr 4228 w Krakowie**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz BMP Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez powyższego odwołującego 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 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa Nr 4228 w Krakowie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa części zamiennych do pojazdów bojowych i kołowych* (nr postępowania 107/2014). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 14 maja 2014 r. pod nr 2014/S_092-161332. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

11 lipca 2014 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – „BMP Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {spółka zwana również dalej w skrócie „BMP”} zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z odrzuceniem jedynej oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

21 lipca 2014 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie odpowiednio: po pierwsze – art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz w zw. z art. 7, po drugie – art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadania nr 1 postępowania:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Powtórzenia czynności oceny ofert.
3. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Dodatkowo odwołujący sprecyzował powyżej wymienione zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesionego odwołania.

W przedmiotowym postępowaniu Spółka BMP złożyła ofertę na zadanie nr 1 – części zamienne BWP-1.

Zamawiający w piśmie pn. *Wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 13.06.14* poinformował, że poz. 277 z formularza ofertowego załączonego do SIWZ powinna zostać wykreślona. Zamawiający stwierdził ponadto, że w związku z dużymi zmianami formularzy cenowych (wykreśleniem wielu pozycji), zamieszcza poprawione formularze na stronie internetowej.

Odwołujący przygotował ofertę na poprawionym przez Zamawiającego formularzu,

w którym Zamawiający nie wykreślił jednak pozycji nr 277 z formularza.

Natomiast w Zamawiający w piśmie pn. *Zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia* z 17 czerwca 2014 poinformował, że (...) *w formularzach cenowych nie zostały naniesione wszystkie dokonane poprawki, w związku z czym, przy składaniu ofert należy wypełnić formularze cenowe zgodnie z treścią pisma (...) z dnia 13.06.14 r.*

Odwołujący podniósł, że celem wprowadzenia art. 38 ustawy pzp było zobligowanie zamawiającego do wyjaśniania wątpliwości lub ewentualnych niejasności związanych z przygotowaną przez niego specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odwołujący podkreślił, że ten etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma niezwykle istotne znaczenie dla jakości i poprawności ofert, jakie składają wykonawcy. Zamawiający, zobligowany do przestrzegania zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych, powinien dokonywać wszelkich czynności związanych z przedmiotowym postępowaniem w sposób profesjonalny, a także z zachowaniem należytej staranności. Przy czym powinna przejawiać się ona nie tylko w prowadzeniu postępowania zgodnie z przepisami ustawy pzp i pozostałych obowiązujących aktów prawnych, ale również w sposób zrozumiały dla wykonawców – tak, aby mieli oni możliwość złożenia ważnej, zgodnej z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferty.

Zamawiający 13 czerwca 2014 r. udzielił wyjaśnień treści SIWZ, z których wynika, że w formularzu ofertowym poz. nr 277 powinna zostać wykreślona z formularza cenowego. Przy czym Zamawiający poinformował również, że przekazane przez niego informacje stają się integralną częścią SIWZ. Ponadto Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej nowy formularz ofertowy, do czego nie był zobowiązany, a co uczynił prawdopodobnie w celu ułatwienia wykonawcom przygotowania ważnych ofert. 17 czerwca 2014 r., wraz z informacją o zmianie terminów składania i otwarcia ofert, Zamawiający zamieścił sprostowanie do odpowiedzi udzielonych 13 czerwca 2014 r., w którym poinformował, że zamieszczonych przez niego formularzach cenowych nie zostały naniesione wszystkie dokonane poprawki, w związku z czym przy składaniu ofert formularze cenowe należy wypełnić zgodnie z treścią pisma z 13 czerwca 2014 r.

W ocenie Odwołującego *de facto* Zamawiający nie poinformował wykonawców wprost, że zamieszczone przez niego, rzekomo poprawione, formularze cenowe są w istocie sporządzone błędnie i nie powinny być w ogóle przekazane wykonawcom, gdyż są zwyczajnie bezużyteczne i wykonawcy nie powinni ich stosować. Zdaniem Odwołującego czynności dokonane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu niewątpliwie nie posiadają znamion profesjonalizmu. Zamawiający po udzieleniu 13 czerwca 2014 r. odpowiedzi nie był zobowiązany do przekazania wykonawcom poprawionego formularza cenowego, ani żadnych innych poprawionych elementów SIWZ. Zgodnie z adnotacją

zawartą w piśmie i zgodnie z przepisami ustawy pzp odpowiedzi, wyjaśnienia i zmiany SIWZ stały się integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z chwilą przekazania ich wykonawcom. Zamawiający może przekazać wykonawcom zmienione elementy SIWZ, jednak powinny to być dokumenty zmienione w sposób rzetelny, zgodnie z udzielonymi odpowiedziami. Skoro Zamawiający, ze względu na ilość dokonanych poprawek, nie był w stanie przekazać wykonawcom dokumentów poprawionych w sposób kompletny, nie powinien tego robić w ogóle. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu spowodował po stronie wykonawców brak pewności co do ostatecznego kształtu SIWZ, co mogło prowadzić do błędów w składanych przez nich ofertach. Odwołujący podsumował, że Zamawiający nie może wymagać od Wykonawcy większej staranności, niż sam wykazuje.

Odwołujący wskazał, że z powyższych przyczyn złożył ofertę na błędnym formularzu, stąd zawarł w niej również pozycję nr 277, która zgodnie z wolą Zamawiającego powinna zostać wykreślona. Z perspektywy Zamawiającego, w związku z ostatnim wystosowanym przez niego do wykonawców pismem, spowodowało to niezgodność oferty z SIWZ, która stała się powodem do odrzucenia oferty BMP z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Poza Odwołującym z postępowania zostały odrzucone oferty dwóch innych wykonawców, które zawierały taką samą omyłkę. Odwołujący podał, że złożona przez niego oferta była najtańsza spośród złożonych ofert, a ponadto nie przekraczała kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zadania nr 1.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z brzmieniem art. 89. ust. 1 pkt 2 ustawy pzp Zamawiający winien potraktować zamieszczenie przez niego w ofercie pozycji nr 277 jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w ofercie, i dokonać jej poprawienia, niezwłocznie zawiadamiając go o tym. Zamawiający winien wykreślić tę pozycję i odliczyć jej wartość (która została podana w ofercie) od ceny oferty. Zmiana taka nie wprowadza bowiem żadnych istotnych zmian w treści oferty Odwołującego. Omyłka Odwołującego była spowodowana nierzetelnym działaniem Zamawiającego, które wprowadziło Odwołującego w błąd. Nie sposób jednak uznać, że wykreślenie pozycji 277 byłoby niezgodne z intencją Odwołującego. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie byłby władny do dodania pozycji do oferty, w przypadku wykreślenia przez wykonawcę pozycji, która powinna być w ofercie zawarta. Takie działanie rzeczywiście byłoby niezgodne z wolą Odwołującego. Natomiast niepoprawienie omyłki – przez wykreślenie pozycji zaoferowanej przez Odwołującego w wyniku zamieszania spowodowanego przez wzajemnie się wykluczające informacje ze strony Zamawiającego – jest naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Tymczasem zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego spowodowało odrzucenie oferty Odwołującego, a w konsekwencji unieważnienie postępowania. Ewentualne odrzucenie oferty powinno nastąpić dopiero

Sygn. akt KIO 1481/14

po otrzymaniu oświadczenia Odwołującego o braku zgody na poprawienie omyłki.

Odwołujący powołał się na fragment uzasadnienia wyroku Izby z 5 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2293/12) dotyczącego celu wprowadzenia art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Odwołujący stwierdził, że w orzecznictwie przyjmuje się również, że:

(...) zakazane jest poprawianie omyłek, które wykonawca popełnił w ofercie, zamierzając zaoferować inne świadczenie, inne parametry, inny sposób wykonania przedmiotu zamówienia, jeśli zaproponowane omyłkowo nie powodują niezgodności z treścią SIWZ, lecz np. jedynie pogorszenie pozycji konkurencyjnej Wykonawcy (atrakcyjności oferty). Przepis jednoznacznie dopuszcza wyłącznie poprawę omyłek, których popełnienie spowodowało niezgodność oferty i SIWZ. (...)

Przepis art 87 ust. 2 pkt 3 nie powinien również znajdować zastosowania w sytuacji, w której SIWZ jest wewnętrznie sprzeczna. Jeśli złożenie oferty w sposób zgodny z jej jednym postanowieniem musi spowodować niezgodność z innym, wówczas nie dochodzi do omyłki, Oferta taka nie może być odrzucona ze względu na to, że wykonawca nie może ponosić konsekwencji niestaranności zamawiającego. Zapewnienie zgodności z jednym (dowolnym) ze wzajemnie wykluczających się postanowień winno więc być uznane za spełnienie wymogu SIWZ. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, WKP 2012, wyd. V)

Pismem z 23 lipca 2014 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 22 lipca 2014 r. informację o wniesionym odwołaniu wraz z jego kopią przesłał faksem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

28 lipca 2014 r. wpłynęła do Prezesa Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że: po pierwsze – uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, po drugie – do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca, po trzecie – na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje

Sygn. akt KIO 1481/14

zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zamawiający w piśmie z 28 lipca 2014 r. w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Izba zważyła, że dla wywarcia skutku postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności Zamawiającego, które podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a żaden wykonawca nie zgłosił po jego stronie przystąpienia do postępowania odwoławczego, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp w takim przypadku Zamawiający zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, którego zarzuty uwzględnił w całości.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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: