

Sygn. akt: KIO 1348/15

WYROK
z dnia 7 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 7 lipca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2015 r. przez **wykonawcę iHome U. Spółka jawna z siedzibą w Babicach Nowych, ul. Kresowa 1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Nowohucka 1**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w całości i zgodnie z żądaniami odwołującego nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie poprawy innej omyłki w ofercie odwołującego w zakresie daty wykonania Etapu VI na 9 grudnia 2015 r., wezwanie odwołującego do uzupełnienia wzoru kosza (próbki) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, powtórzenie czynności badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Nowohucka 1** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę iHome U. Spółka jawna z siedzibą w Babicach Nowych, ul. Kresowa 1** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Nowohucka 1** na rzecz odwołującego się **wykonawcy iHome U. Spółka jawna z siedzibą w Babicach Nowych, ul. Kresowa 1** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie : osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów uiszczanego 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 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie wraz z dostawą do siedziby zamawiającego 2400 sztuk fabrycznie nowych koszy ulicznych wykonanych z polimerobetonu (betonu żywicznego) wraz z wkładami, 300 sztuk dodatkowych wkładów do koszy oraz 200 sztuk wkładów do koszy z polimerobetonu dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 maja 2015r. za numerem 2015/S 086-155106.

W dniu 15 czerwca 2015r. zamawiający poinformował faksem wykonawców o wyniku postępowania tj. o unieważnieniu postępowania z uwagi na brak ofert nie podlegających odrzuceniu tj. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478 – dalej ustawy) oraz odrzuceniu obu złożonych ofert, w tym oferty wykonawcy iHome U. spółka jawna z siedzibą w Babicach Nowych, ul. Kresowa 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż treść tej oferty w ocenie zamawiającego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). Wykonawca nie uwzględnił w złożonej ofercie dokonanej przez zamawiającego modyfikacji treści siwz z dnia 19 maja 2015r. w zakresie zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia to jest terminu dostawy ostatniej partii koszy – etap VI. Ponadto wykonawca nie załączył do oferty przetargowej kosza polimerobetonowego wraz z wkładem oraz wkładu stożkowego (próbek), o których mowa w pkt. 12.10e siwz.

W dniu 25 czerwca 2015r. wykonawca iHome U. spółka jawna z siedzibą w Babicach Nowych, ul. Kresowa 1 – dalej odwołujący, wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez wspólnika spółki jawnej upoważnionego do samodzielnego reprezentowania spółki, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem i pocztą kurierską w dniu 25 czerwca 2015r.

Odwołujący zaskarżył czynności zamawiającego polegające na:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego
- 2) unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego choć nie zaszła sprzeczność oferty z siwz, a oferta podlegała poprawieniu przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy,

- 2) naruszenie art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie poprawienia oferty odwołującego w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania, względnie zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści oferty i następnie dokonania poprawy tzw. innej omyłki,
- 3) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy przez jego niezastosowanie w sytuacji gdy zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia wzoru kosza będącego przedmiotem zamówienia,
- 4) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy przez jego zastosowanie choć w okolicznościach sprawy zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego a więc nie zachodziły też przesłanki z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał, że gdyby nie bezprawne działania zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia postępowania oferta odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Tym samym odwołujący uważa, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania gdyż w wyniku czynności zamawiającego może ponieść szkodę w postępowaniu.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonanie poprawy innej omyłki w ofercie odwołującego w zakresie daty wykonania Etapu VI na 9 grudnia 2015 r.,
- 4) nakazanie zamawiającemu wezwanie odwołującego do uzupełnienia wzoru kosza,
- 5) nakazanie zamawiającemu wykonania powtórnie czynności badania i oceny ofert,
- 6) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że dniu 19 maja 2015 r. (ogłoszenie z dnia 22.05.2015 r.) zamawiający zmodyfikował treść siwz w ten sposób, że nieznacznie zmienił termin dostawy ostatniej partii koszy ulicznych z dnia 15 grudnia 2015 r. na dzień 9 grudnia 2015 r. Zmiana została wprowadzona między innymi do „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia” (Załącznik nr 1 do siwz pkt 2) oraz do formularza ofertowego (Załącznik nr 4 do siwz pkt 5), które wykonawca miał obowiązek dołączyć do oferty.

Zmiana polegała na skróceniu terminu ostatniej dostawy o 6 dni. Odwołujący podniósł, że składając ofertę, przez nieuwagę złożył ją na formularzu ofertowym przygotowanym przez zamawiającego przed jego późniejszą modyfikacją. Z powyższego zamawiający wyciągnął wniosek, że oferta odwołującego jest sprzeczna z siwz gdyż „wykonawca nie uwzględnił w złożonej ofercie dokonanej przez zamawiającego modyfikacji treści siwz z dnia 19.05.2015 r. w zakresie zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia tj. terminu dostawy ostatniej partii koszy – etap VI”.

Jako dowód odwołujący powołał informację o wyniku postępowania z dnia 15.06.2015 r. pkt. 3.

Zamawiający, zdaniem odwołującego, mija się z prawdą, gdyż według odwołującego prawdą jest że posłużył się niewłaściwym formularzem ofertowym, jednakże od samego początku oferował wykonanie zamówienia zgodnie z siwz, co odnosi się do treści siwz w jej obowiązującym na dzień składania ofert brzmieniu. Podkreślił, że w formularzu „Oferta” we wstępie (przed pkt 1) znajduje się stwierdzenie:

„Po zapoznaniu się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia my niżej podpisani podejmujemy się niniejszym realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia na warunkach przedłożonych przez zamawiającego w materiałach przetargowych oraz projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 3 do siwz”.

a następnie w pkt. 4 formularza „Oferta” znajduje się dalsze zobowiązanie:

„Oświadczamy, iż akceptujemy projekt umowy stanowiący załącznik nr 3 do siwz i w przypadku wyboru naszej oferty jako najkorzystniejszej] zobowiązujemy się do podpisania umowy na warunkach określonych w ww. projekcie”.

Jako dowód odwołujący powołał załącznik nr 4 do siwz „oferta” - w dokumentacji postępowania.

W ocenie odwołującego nie ulega wątpliwości, że składając w/w zobowiązania w formularzu „oferta” odnosił się do siwz i wzoru umowy w ich aktualnym brzmieniu. Inaczej być nie mogło, gdyż siwz (z załącznikami) może mieć tylko jedną treść, która wiąże zarówno wykonawców jak i zamawiającego. Wskazał, że siwz na stronie 2 (Opis przedmiotu zamówienia) pkt. 3, w pkt. 4 (Termin wykonania zamówienia) oraz co szczególnie ważne - również w § 2 ust. 1 wzoru umowy znajdują się terminy wykonania etapów umowy (w tym termin wykonania etapu VI - 9 grudnia 2015 r.). Wynika z tego zdaniem odwołującego, że składając ofertę, odwołał się w swym zobowiązaniu do postanowień wzoru umowy obowiązujących w dniu składania ofert, a zatem zobowiązał się „do podpisania umowy na warunkach określonych w ww. projekcie” tj. do dnia 9 grudnia 2015 r. Taka bowiem jest treść wzoru umowy. Innymi słowy, zobowiązał się do wykonania zamówienia zgodnie z siwz, tj. do 9 grudnia 2015 r.

Odwołujący podkreślił, że zakres zmiany treści siwz, a tym samym zakres i waga niezgodności oferty z siwz ma charakter marginalny i nie mający istotnego wpływu na treść oświadczenia woli złożonego przez odwołującego. Biorąc pod uwagę, że wykonawca wyraźnie zobowiązał się do wykonania zamówienia na warunkach określonych w umowie, fakt omyłki w formularzu ofertowym nie można uznać za niezgodność oferty z treścią siwz, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że zamawiający bez żadnych wątpliwości mógł ustalić źródło omyłki. Odwołujący nie wpisał bowiem samodzielnie jakiegóż przypadkowej daty, co mogłoby świadczyć o niezgodności zobowiązania z siwz, lecz zastosował niewłaściwy formularz ofertowy, sprzed modyfikacji - stworzony przez zamawiającego. Trudno zdaniem

odwołującego przypuszczać, że zamawiający tego faktu nie dostrzegł. Zbieżność treści formularza złożonego przez wykonawcę, z jego brzmieniem w wersji sprzed zmiany jest oczywista i rzucająca się w oczy. Odwołujący podkreślił, że omyłka nie dotyczy elementów formularza „oferta”, które wykonawcy mieli wypełnić samodzielnie, lecz tej jego treści, która była sporządzona przez zamawiającego.

Powyższe okoliczności są w ocenie odwołującego bardzo istotne. Z powyższego wynika, że zamawiający miał pełny ogląd sytuacji, znał źródło omyłki, miał więc prawo i obowiązek zastosować w odniesieniu do oferty odwołującego instytucji uregulowanej w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy. Istniało bowiem ważne zobowiązanie odwołującego do wykonania zamówienia zgodnie z wzorem umowy do siwz, gdzie termin wykonania określono na dzień 9 grudnia 2015 r., oraz błąd w formularzu „oferta” ewidentnie wynikający z faktu zastosowania jego wersji sprzed modyfikacji. Jest to zatem bardziej błąd co do formy niż treści zobowiązania. W ocenie odwołującego okoliczność, iż oczywiste było pochodzenie niezgodności treści formularza z aktualnym siwz, powodował, że zamawiający z całokształtu oferty i okoliczności zobowiązany był wywieść, iż odwołujący zobowiązał się do wykonania etapu VI do dnia 9 grudnia 2015 r. tj. zgodnie z wymaganiami siwz.

Takie rozumowanie jest też, zdaniem odwołującego, zgodne z przepisem art. 65 § 1 Kodeksu Cywilnego. W okolicznościach sprawy według odwołującego jasne było, iż intencją odwołującego było zobowiązanie się do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami siwz. Zwłaszcza jeżeli wziąć pod uwagę, iż niezgodność z siwz polegała na skróceniu terminu wykonania ostatniego etapu o zaledwie 6 dni (z 15 grudnia na 9 grudnia). Zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 22 listopada 2012 (KIO 2396/12) do oferty ma zastosowanie wykładnia oświadczeń woli z art. 65 kc. W niniejszej sprawie zamawiający miał pełną wiedzę o źródle omyłki i miał możliwość ustalenia rzeczywistej treści oświadczenia odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że niezależnie od przyczyn takiej a nie innej modyfikacji siwz, w żaden sposób nie można stwierdzić, że miała ona charakter istotny, decydujący o kształcie (zakresie) zamówienia. Wymaga zdaniem odwołującego podkreślenia, że wydłużenie daty dostawy ostatniej partii koszy, produkowanej już przy pracujących wszystkich formach odlewniczych dla tego modelu kosza, oddawanych do użytku systematycznie przez dostawcę na przestrzeni kilku miesięcy od podpisania umowy, nie przynosi wykonawcy żadnych wymiernych korzyści. Okres trwania umowy ma bowiem wynosić blisko pół roku, a skróceniu ulega jedynie ostatni jej etap, w dodatku tylko o 5 dni. Potraktowanie tego rodzaju niezgodności, która nie odnosi się do wartości umowy, jej zakresu przedmiotowego, a w zakresie zmiany terminu wykonania jej ostatniego etapu nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, jako podstawy do odrzucenia oferty odwołującego jest krzywdzące dla odwołującego, oraz stanowi nadużycie uprawnień ustawowych przez zamawiającego.

Na poparcie swojej argumentacji odwołujący odwołał się do orzecznictwa Izby: wyrok z dnia 15 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2777/14; KIO 2811/14.

Zdaniem odwołującego nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie zmiana dokonana przez zamawiającego - skrócenie terminu dostawy o 6 dni, nie miała żadnego wpływu na krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców, a zatem zamawiający mógł i powinien był dokonać poprawy omyłki innej w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy.

Odwołujący podkreślił, że przepis art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy jest stworzony dokładnie dla takich okoliczności jak w niniejszej sprawie. Odwołujący stoi na stanowisku, że przytoczone przez niego okoliczności sprawy powodują, że zamawiający miał obowiązek zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i dokonać poprawy omyłki. Przepis stanowi bowiem „zamawiający poprawia” co implikuje istnienie takiego obowiązku, (np. KIO/UZP 1427/09, KIO/UZP 1428/09).

Co szczególnie ważne, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 7 ustawy, wykonawca miałby następnie 3 dni na wyrażenie zgody na takie poprawienie treści jego oferty. Dopiero w przypadku nie wyrażenia takiej zgody jego oferta podlegała odrzuceniu. Innymi słowy, interes zamawiającego był chroniony, nie było możliwości, że powstaną na etapie realizacji umowy wątpliwości co do terminu wykonania etapu VI. Gdyby okazało się, że wykonawca, choć to absurdalne, celowo zaproponował termin 15.12 zamiast 9.12, to nie wyraziłby zgody na poprawkę i jego oferta zostałaby odrzucona. W tym duchu wypowiedziała się Izba w wyroku sygn. akt KIO/UZP 1427/09, KIO/UZP 1428/09. Procedurę poprawy omyłki zamawiający mógł poprzedzić wyjaśnieniami na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Po uzyskaniu stosownych wyjaśnień zamawiający miał obowiązek dokonać poprawy innej omyłki. (Tak wyrok sygn. akt KIO/UZP 1427/09, KIO/UZP 1428/09). Z cytowanego orzeczenia wyraźnie wynika, że poprawa omyłki może dotyczyć również terminu wykonania zamówienia.

Nie może być tu mowy o niedozwolonych negocjacjach co do treści oferty, gdyż zamawiający wpisuje po dokonaniu poprawki dopuszczalny termin wykonania zamówienia, określony przez siebie w siwz. Strony nie negocjują zatem tego elementu oferty, gdyż jest tylko jedna możliwa i prawidłowa data wykonania zamówienia, określona przez zamawiającego w dokumentacji postępowania. Co więcej, zastosowanie przepisu art. 87 ustawy miało służyć rozwianiu wątpliwości co do rzeczywistego (istniejącego od samego początku) zobowiązania wykonawcy, bez jakiegokolwiek ingerencji w jego treść. Izba stwierdziła w jednym z orzeczeń: „Istotą poprawy treści oferty wykonawcy na podstawie art. 87 ust 2 p.z.p. jest przywrócenie oświadczeniu wykonawcy, które uległo zniekształceniu skutkiem omyłki prawidłowej i zgodnej z wola wykonawcy treści” (Wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r., KIO 441/15).

Co do zarzutu zaniechania do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wzoru kosza ulicznego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy na okoliczność potwierdzenia przez oferowane dostawy

wymagań określonych przez zamawiającego w siwz, to odwołujący podniósł, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia zawarł stwierdzenie „Ponadto Wykonawca nie załączył do oferty przetargowej kosza polimerobetonowego wraz z wkładem oraz wkładu stożkowego (próbek), o których mowa w pkt. 12.10 e) siwz”.

Z w/w zdania wynika, że zamawiający uznał, iż skoro oferta odwołującego podlega odrzuceniu a postępowanie unieważnieniu, to nie ma potrzeby wzywać wykonawcy do uzupełnienia wzoru (próbki) kosza w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Jak odwołujący uważa zostało wykazane, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z powodu omyłkowego zastosowania niewłaściwego formularza ofertowego. Skoro podstaw do odrzucenia oferty nie było, to w konsekwencji zamawiający naruszył kolejny przepis art. 26 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie do wezwania do uzupełnienia wzoru kosza.

Obowiązek uzupełnienia próbki w trybie art. 26 ust. 3 ustawy potwierdził sam zamawiający w informacji o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 15 czerwca 2015 r. Na stronie 3 - w odniesieniu do innego wykonawcy (wykluczonego z postępowania) stwierdza bowiem: „zamawiający nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentów oraz próbek w trybie art. 26 ust. 3 ww. ustawy, gdyż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający nie wyjaśnił tak szczegółowo jak wyżej dlaczego nie wezwał odwołującego do uzupełnienia próbki kosza, niemniej jednak odwołujący zakłada, że uzasadnienie jest analogiczne jak w stosunku do konkurencyjnego wykonawcy. Odwołujący podniósł, że choć zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego ze względu na nie załączenie próbki kosza, to jednakże z ostrożności procesowej, odwołujący wykazał, że próbkę kosza należy zaliczyć do „dokumentów” potwierdzających przez oferowane dostawy wymagań określonych w siwz zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt. 2) ustawy. W konsekwencji podlega ona uzupełnieniu zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, który wprost odnosi się do treści przepisu art. 25 ustawy. Próbka została wskazana w rozporządzeniu z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, w § 6 ust. 1 pkt. 1). Zgodnie z rozporządzeniem w zw. z przepisami art. 25 i art. 26 ust. 3 ustawy próbka wymagana na potwierdzenie spełniania wymagań określonych przez zamawiającego podlega uzupełnieniu, jeżeli nie została złożona wraz z ofertą. Tak Izba w wyroku sygn. akt KIO 178/13. Powszechnie przyjęta linia orzecznicza stanowi, że jedyny przypadek, gdy próbki uzupełniać nie można jest sytuacja, gdyby była ona wymagana tylko i wyłącznie celem dokonania oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy też jakościowego. Innymi słowy gdy stanowi element oferty z przełożeniem na kryterium oceny ofert. Tak Izba w wyroku z dnia 20 marca 2015 r. KIO 426/15:

Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu do kryteriów oceny ofert zamawiający zaliczył cenę (95 %) oraz okres udzielonej gwarancji (5%). Brak jest zatem kryterium jakościowego odnoszącego się do przedmiotu zamówienia (kosz). Zamawiający w siwz w załączniku nr 1 (Szczegółowy OPZ) drobiazgowo określił wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia. Odwołujący składając ofertę załączył do niej wypełniony załącznik nr 1 do siwz potwierdzając i gwarantując wszystkie wymagane parametry.

W siwz w pkt. 12.10 e) zamawiający zawarł ponadto następujący zapis:

„Do oferty należy dołączyć:

e) jeden kosz uliczny wykonany z polimerobetonu (betonu żywicznego) będący przedmiotem niniejszego zamówienia wraz z wkładem oraz jeden wkład stożkowy w celu udokumentowania, że oferowany kosz uliczny z polimerobetonu wraz z wkładem oraz wkład stożkowy wykonane zostały w sposób staranny i z zachowaniem najwyższych standardów jakościowych oraz spełniają parametry określone w zał. 1 do siwz”.

Nie ulega zatem w ocenie odwołującego wątpliwości, że rolą próbki w postępowaniu było - „skonfrontowanie postawionych przedmiotowi zamówienia wymagań z opisanymi w siwz właściwościami” W konsekwencji nie załączenie próbki do oferty musi podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Zamawiający w ocenie odwołującego zaniechał wezwania do uzupełnienia, przez co naruszył wskazany przepis ustawy. W konsekwencji zamawiający naruszył również przepis art. 93 ust 1 pkt. 1 ustawy, gdyż oferta odwołującego nie powinna być odrzucona.

W dniu 26 czerwca 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 6 lipca 2015r. zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu odnosząc się do pierwszej grupy zarzutów, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy, zamawiający podniósł, że nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego. Odwołujący przyznał, że rzeczywiście złożył ofertę w oparciu o nieaktualny formularz ofertowy przed modyfikacją treści siwz. Tym samym, zaoferował zamawiającemu realizację etapu VI zamówienia, tj. dostawy 500 sztuk koszy wraz z wkładami do dnia 15 grudnia 2015r.

Tymczasem, dnia 19 maja 2015r. zamawiający dokonał modyfikacji siwz, w ramach której dokonał również zmiany terminu realizacji ostatniego etapu zamówienia z dnia 15 grudnia 2015r. na 9 grudnia 2015r. Co więcej, zamawiający w modyfikacji siwz w sposób wyraźny zaznaczył dokonaną zmianę terminu, wyróżniając w tekście zmieniony fragment siwz zarówno w Opisie przedmiotu zamówienia, w zmienionym formularzu, jak i w Projekcie

umowy. Tym samym, wykonawcy mogli z łatwością zauważyć zmianę siwz i przygotować ofertę w oparciu o zmodyfikowany formularz ofertowy.

Zamawiający nie zgadza się z możliwością poprawy omyłki popełnionej przez odwołującego, gdyż 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, gdy:

- istnieje niezgodność treści oferty z treścią siwz,
- niezgodność ta ma charakter omyłki,
- poprawienie tej omyłki nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty.

Niewątpliwie, jak zresztą przyznaje odwołujący, istnieje sprzeczność oferty z treścią siwz.

Jednakże odnosząc się do dalszych przesłanek, zdaniem zamawiającego okoliczności sprawy, zwłaszcza sposób przeprowadzenia modyfikacji, która została dokonana z niezwykłą starannością, w sposób jasny i wyraźny, wyklucza uznanie działania za niezamierzoną omyłkę, a raczej za co najmniej rażące niedbalstwo ze strony odwołującego.

Czynności odwołującego, jako profesjonalisty, przedsiębiorcy działającego na rynku, winny być oceniane z uwzględnieniem dyspozycji zawartej w art. 355 § 2 KC. Tym samym, należy przyjąć, że odwołujący powinien był podejmować czynności z dochowaniem należytej staranności, właściwej dla jego działalności zawodowej. Należyta staranność odwołującego w niniejszym postępowaniu powinna objawiać się w szczegółowej i bieżącej analizie dokumentacji przedmiotowego postępowania, polegającej również na uwzględnianiu wszelkich zmian oraz wyjaśnień treści siwz. W związku z powyższym, odwołujący powinien był również przy sporządzaniu oferty posługiwać się zmienionym formularzem ofertowym, uwzględniającym zmieniony termin realizacji zamówienia. Przy uwzględnieniu okoliczności, iż zamawiający dokonał modyfikacji w sposób klarowny i wyraźny, odwołujący, w ocenie zamawiającego, nie powinien był mieć problemów z właściwym sporządzeniem oferty. Przygotowanie zaś formularza w oparciu o błędny wzór stanowi o niedbalstwie odwołującego, które nie zasługuje na ochronę.

W ocenie zamawiającego nadto ewentualna zmiana formularza ofertowego spowoduje istotną zmianę oferty. Omawianą niezgodność należy bowiem ocenić przy uwzględnieniu zmiany treści siwz. Zamawiający termin realizacji skrócił, nie zaś wydłużył, co oznacza, że odwołujący oferuje zbyt długi termin wykonania zamówienia, co stanowi o nienależytym wykonaniu zamówienia. Z tego względu, zamawiający potraktował wskazany błąd za istotny, nie podlegający wyjaśnieniu oraz poprawieniu w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. O istotności postanowień siwz w zakresie terminu realizacji zamówienia świadczy również §7 ust. 6 Projektu umowy, zgodnie z którym „Przez rażące naruszenie obowiązków rozumie się opóźnienie w realizacji dostaw przekraczające 7 dni kalendarzowych.” Natomiast w przypadku rażącego naruszenia obowiązków umownych

„Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od niniejszej umowy ze skutkiem natychmiastowym w terminie 30 dni od dnia rażącego naruszenia przez Wykonawcę obowiązków wynikających z zakresu przedmiotowego niniejszej umowy.”

Tym samym, Zamawiający wskazał, że realizacja zamówienia w terminie jest dla niego istotna, zwłaszcza, że zgodnie z Projektem umowy nie przewiduje możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia, a za każdy dzień opóźnienia będzie naliczana kara umowa w wysokości 2% wartości brutto zamówionej partii koszy (§7 ust. 2 Projektu umowy).

Zamawiający wskazał, że w doktrynie Prawa zamówień publicznych, ze względu na fakt, iż zasadnicza treść oświadczenia woli stanowiącego ofertę zawarta jest w formularzu ofertowym, traktuje się ten dokument jako ofertę sensu stricto. W dokumencie formularza ofertowego znajdują się bowiem istotne, z punktu widzenia oceny okoliczności i znaczenia złożenia określonego oświadczenia woli, elementy przedmiotowo istotne dla uznania, kto i w jakim kontekście to oświadczenie składa.

Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo, m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2013r., KIO 479/13. Ze wskazanego wyroku zdaniem zamawiającego można wywnioskować, iż formularz ofertowy zawiera istotne postanowienia umowy, zgodnie z którymi wykonawca składa jednostronne zobowiązanie do wykonania określonego świadczenia. Dla zamawiającego niezwykle istotną rzeczą jest, aby przedmiot zamówienia był określony w sposób jednoznaczny, w zakresie wszystkich elementów składających się na zobowiązanie wykonawcy. Istotne jest, aby treść tego zobowiązania odpowiadała w pełni wymaganiom zamawiającego wyartykułowanym w siwz. Na treść oferty składają się przede wszystkim jej merytoryczne elementy, tj. postanowienia odnoszące się w szczególności do kształtu przyszłego świadczenia. Według zamawiającego przyjąć również, że ze względu na fakt, iż określenie przedmiotu przyszłego świadczenia należy uznać i odnieść za tożsame z przedmiotem przyszłej umowy, to stanowią one z pewnością *essentia negotii* zobowiązania wykonawcy. Zasadnicze znaczenie dla kwalifikacji, czy mamy do czynienia z merytoryczną treścią oferty, ma przepis art. 82 ust. 3 ustawy. Ustanawia on zasadę, że treść oferty musi odpowiadać treści siwz. Z powyższego należy wyciągnąć wniosek, iż to zamawiający w siwz określa, które elementy składające się na zobowiązanie wykonawcy, mają charakter istotny i merytoryczny, oraz które z tych elementów będą stanowić podstawę do oceny oferty.

Doktryna wskazała, iż przez treść oferty należy uznać w szczególności te elementy oświadczenia woli wykonawcy, które odnoszą się do zakresu i kształtu przyszłego świadczenia, tj. przedmiotu umowy, sposobu i terminu jego realizacji. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem niniejszego zamówienia było wykonanie i dostarczenie koszy w etapach, należy uznać, że ze względu na konstrukcję zobowiązania, termin realizacji zamówienia stanowił istotne postanowienie umowy, które nie mogło być, zdaniem zamawiającego, przedmiotem procedury określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zamawiający powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2014r., KIO 477/14. W tym wyroku, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że złożenie przez wykonawcę oferty na niezmienionym formularzu stanowi niezgodność oferty z SIWZ uzasadniająca jej odrzucenie, a ponadto Izba potwierdziła, że wskazanie przez zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty na okoliczność złożenia jej na nieaktualnym formularzu wyczerpuje dyspozycję z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W związku z powyższym, omawiane zarzuty nie podlegają uwzględnieniu.

Jeżeli jednak Izba nie podzieli powyższej argumentacji, zamawiający podniósł, iż ze względu na pozostałe nieprawidłowości oferty odwołującego, odrzucenie oferty ze względu na sporządzenie jej w oparciu o nieaktualny formularz i zaferowanie nieprawidłowego terminu realizacji zamówienia nie będzie miało wpływu na wynik postępowania na podstawie art. 192 ust 2 ustawy.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ponieważ oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu niezależnie od oceny nieprawidłowości oferty w zakresie terminu realizacji etapu VI zamówienia, należy stwierdzić, że zarzut ten nie ma wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2013r., KIO 1007/13.

Odnosząc się do drugiej grupy zarzutów, tj. naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia wzoru kosza ulicznego na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych w siwz, zamawiający podniósł, że nie zgadza się z przedmiotowym zarzutem. Przede wszystkim, zamawiający zauważył, że odwołujący używa mylnego sformułowania „wzór kosza ulicznego”, podczas gdy odwołujący do swojej oferty załączył nieprawidłową próbkę.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z Rozdziałem 12 „Opis sposobu przygotowania ofert”, „Do oferty należy dołączyć: „(...)jeden kosz uliczny wykonany z polimerobetonu (betonu żywicznego) będący przedmiotem niniejszego zamówienia wraz z wkładem oraz jeden wkład stonkowy w celu udokumentowania, że oferowany kosz uliczny z polimerobetonu wraz z wkładem oraz wkład stonkowy wykonane zostały w sposób staranny i z zachowaniem najwyższych standardów jakościowych oraz spełniają parametry określone w zał. 1 do SIWZ”.

Dalej Zamawiający postanowił, że:

„Kosze oraz wkłady zostaną zwrócone każdemu Wykonawcy zgodnie z dyspozycją art. 97 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaleca się aby ww. tzw. „testowe kosze oraz testowe wkłady stożkowe” oznakowane były w sposób umożliwiający identyfikację ich pochodzenia (tj. wykonawcę, który je dostarczył). Kosze wraz z wkładami oraz wkłady

stożkowe należy zdeponować nie później niż przed terminem wyznaczonym na składanie oferty u pracownika zamawiającego tj. Pani B. G., ul. Nowohucka 1, 31 — 580 Kraków — Wydział Oczyszczania tel 12 64 62 382. Kosz wybranego Wykonawcy zdanie rozliczony w ostatniej fakturze. Zamawiający zastrzega sobie możliwość przeprowadzenia prób eksploatacyjnych (testowych) na dostarczonych koszach, o których mowa ww. pkt. 12. 10. e) SIWZ, pod kątem ich parametrów technicznych oraz odporności konstrukcji na uszkodzenia. Zamawiający deklaruje chęć odkupienia kosza wraz z wkładem oraz wkładu stożkowego (dostarczonych przez wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego) tylko i wyłącznie w sytuacji gdy parametry koszy testowych oraz testowych wkładów stożkowych dostarczonych przez wykonawcę będą odpowiadały parametrom koszy ulicznych oraz wkładów stożkowych określonym w załącznikach nr 1 — do SIWZ".

Tymczasem, odwołujący do swojej oferty dołączył zamiast próbki kosza z polimerobetonu wraz z wkładem, odpowiadający wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do siwz, miniaturkę kosza wydrukowaną w technice 3D z tworzywa sztucznego, które nie jest polimerobetonem.

W związku z powyższym, ze względu na fakt, iż przedmiotowa próbka nie odpowiada w całości określonym w siwz parametrom, zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty, co było czynnością prawidłową w świetle postanowień siwz.

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, iż próbki podlegałyby uzupełnieniu jako element oferty w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. W postanowieniu siwz dotyczącym dołączenia próbek do oferty, zamawiający wskazał, że:

1. Próbki mają być wykonane z polimerobetonu, powinny być wykonane w sposób staranny i z zachowaniem najwyższych standardów jakościowych oraz spełniają parametry określone w zał. 1 do SIWZ,
2. Zamawiający zastrzegł sobie prawo przeprowadzenia badań nad próbkami w celu ustalenia spełnienia przez nich parametrów technicznych oraz odporności na uszkodzenia, a w przypadku wyboru oferty załączona próbka mogła zostać zaliczona na poczet realizacji zamówienia.

Tym samym, Zamawiający wskazał na charakter próbki: miała potwierdzać spełnienie wymagania siwz w zakresie tożsamym dla przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym na wykonawcy ciążył obowiązek dołączenia próbki zgodnej z wymaganiami określonymi w siwz, natomiast jakkolwiek zmiana próbki dokonywana przez uzupełnienie prowadziły do niedozwolonej zmiany oferty.

W tym miejscu zamawiający powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącej próbek:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2013r., KIO 1042/13
- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2014r., KIO 1158/14;

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2013r., KIO 1496/13

Zamawiający uważa, że skoro wymagał dostarczenia próbki z określonego materiału, o określonych parametrach, oznaczało, iż dla zamawiającego istotne jest potwierdzenie przez wykonawcę określonych wymagań. W związku z powyższym, odwołujący, który złożył próbkę zupełnie nie potwierdzającą spełnienia ustalonych parametrów, nie może być traktowany w sposób uprzywilejowany. W takim przypadku nie jest możliwe wezwanie odwołującego do uzupełnienia próbki, ponieważ w celu potwierdzenia spełnienia wymagań odwołujący musiałby zmienić całą próbkę włączając w to jej wymiary, technikę wykonania oraz materiały. Dlatego też, decyzja zamawiającego była uzasadniona. Odnosząc się zaś do zarzutów odwołującego, jakoby zamawiający zaniechał uzasadnienia zaniechania czynności wezwania go do uzupełnienia próbki, Zamawiający wskazał, że załączenie błędnej próbki do oferty stanowiło równoważną przyczynę odrzucenia oferty odwołującego. W związku z powyższym, odwołujący nie powinien stosować analogii sytuacji drugiego wykonawcy do swojego przypadku, zwłaszcza, że wykonawca Palmett Markowe Ogrody s.c. M. S., B. G. nie dołączył żadnej próbki do oferty, zatem sytuacja tego wykonawcy jest zgoła odmienna od sytuacji odwołującego.

Ponieważ zarzuty odwołującego nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy, w związku z powyższym, zamawiający stwierdził, że nie doszło również do naruszenia 93 ust. 1 pkt 1 PZP. Czynność odrzucenia oferty wykonawcy Palmett Markowe Ogrody s.c. M. S., B. G. oraz wykluczenia wykonawcy z postępowania uprawomocniła się ze względu na brak zaskarżenia, natomiast czynność odrzucenia oferty odwołującego jest słuszna, w związku z powyższym, zamawiający uważa, że zasadnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP.

Kończąc, zamawiający chciałby jeszcze zauważyć, że odwołujący nie powołał się na naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Dodał, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów nie zawartych w odwołaniu. Skoro odwołujący nie zarzuca zamawiającemu nierównego traktowania wykonawców, ani nie zarzuca naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, oznacza to, iż zamawiający zachował się zgodnie z dyspozycją art. 7 ust. 1 ustawy. Tym samym, czynności dokonane przez zamawiającego nie noszą znamion dyskryminacji odwołującego w postępowaniu i zamawiający nie naruszył zasady udzielania zamówień publicznych wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, modyfikacji treści siwz z dnia 19 maja 2015r. oraz oferty odwołującego i informacji o wyniku

postępowania, pisma zamawiającego z dnia 22 maja 2015r. wraz z załącznikiem i protokołem.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W w sekcji II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu oraz w siwz w rozdziale 3 Opis Przedmiotu Zamówienia tiret 1 zamawiający postawił wymaganie:

Wykonawca dostarczy przedmiot zamówienia, o którym mowa w pkt. 3 a) siwz w 6 etapach:

Etap I - 150 szt. koszy wraz z wkładami do 30 dni od podpisania umowy

Etap II - 250 szt. koszy wraz z wkładami - sierpień 2015 r.

Etap III - 500 sztuk wraz z wkładami - wrzesień 2015 r.

Etap IV - 500 sztuk wraz z wkładami - październik 2015 r.

Etap V - 500 sztuk wraz z wkładami - listopad 2015 r.

Etap VI - 500 sztuk wraz z wkładami - do 15 grudnia 2015 r.

Wykonawca dostarczy przedmiot zamówienia, o którym mowa w pkt. 3 b) siwz tj. 300 sztuk dodatkowych wkładów do koszy w terminie do 31 września 2015 roku.

Wykonawca dostarczy przedmiot zamówienia, o którym mowa w pkt. 3 c) siwz tj. 200 sztuk wkładów stożkowych do koszy w terminie do 31 września 2015 roku. (takie postanowienia znalazły się również w załączniku nr 1 do siwz pkt. 2, załączniku nr 3 do siwz § 2 ust. 1 przy czym Etap VI wskazano do 5 grudnia 2015 roku) oraz w załączniku nr 4 pkt. 5)

Uwaga !!!

Zamawiający dopuszcza wcześniejszą realizację przedmiotu niniejszego zamówienia.

W rozdziale 4 Termin wykonania zamówienia zamawiający wskazał do 15 grudnia 2015 roku - z zastrzeżeniem jak w pkt. 3 siwz.

W pkt 12. 7 siwz zamawiający wskazał, że ofertę stanowi „formularz oferty” – sporządzony wg zał. nr 4 do niniejszej siwz wraz z dokumentami wymaganymi niniejszą siwz

W ramce pod pkt 12.10 siwz zamawiający wskazał, że do oferty należy dołączyć:

Lit. b) szczegółowy opis oferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia potwierdzający, iż spełnia on wszystkie żądane przez Zamawiającego parametry określone w zał. nr 1 do siwz – należy wypełnić zał. nr 1 do siwz (kolumna „potwierdzenie spełnienia” wpisać „tak” lub „nie”);

Lit. c) wypełniony formularz oferty - zał. nr 4 do siwz;

lit e) jeden kosz uliczny wykonany z polimerobetonu (betonu żywicznego) będący przedmiotem niniejszego zamówienia wraz z wkładem oraz jeden wkład stożkowy w celu udokumentowania, że oferowany kosz uliczny z polimerobetonu wraz z wkładem oraz wkład stożkowy wykonane zostały w sposób staranny i z zachowaniem najwyższych standardów jakościowych oraz spełniają parametry określone w zał. 1 do siwz;

Zamawiający wskazał, że kosze oraz wkłady zostaną zwrócone każdemu wykonawcy zgodnie z dyspozycją art. 97 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaleca się aby ww.

tzw. „testowe kosze oraz testowe wkłady stożkowe” oznakowane były w sposób umożliwiający identyfikację ich pochodzenia (tj. wykonawcę, który je dostarczył). Kosze wraz z wkładami oraz wkłady stożkowe należy zdeponować nie później niż przed terminem wyznaczonym na składanie oferty u pracownika zamawiającego tj. Pani B. G., ul. Nowohucka 1, 31 – 580 Kraków – Wydział Oczyszczania tel. 12 64 62 382. Kosz wybranego wykonawcy zostanie rozliczony w ostatniej fakturze. Zamawiający zastrzegł sobie możliwość przeprowadzenia prób eksploatacyjnych (testowych) na dostarczonych koszach, o których mowa ww. pkt. 12. 10. e) siwz, pod kątem ich parametrów technicznych oraz odporności konstrukcji na uszkodzenia. Zamawiający deklaruje chęć odkupienia kosza wraz z wkładem oraz wkładu stożkowego (dostarczonych przez wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego) tylko i wyłącznie w sytuacji gdy parametry koszy testowych oraz testowych wkładów stożkowych dostarczonych przez wykonawcę będą odpowiadały parametrom koszy ulicznych oraz wkładów stożkowych określonym w załącznikach nr 1 – do siwz.

W rozdziale 14 siwz zamawiający wskazał, że będzie kierował się kryterium ceny i okres udzielonej gwarancji jakości.

W załączniku nr 4 do siwz Formularz ofertowy zamawiający wymagał złożenia następujących oświadczeń:

„Po zapoznaniu się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia my niżej podpisani podejmujemy się niniejszym realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia na warunkach przedłożonych przez Zamawiającego w materiałach przetargowych oraz projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 3 do siwz”

„Oświadczamy, iż akceptujemy projekt umowy stanowiący załącznik nr 3 do siwz i w przypadku wyboru naszej oferty jako najkorzystniejszej zobowiązujemy się do podpisania umowy na warunkach określonych w ww. projekcie”

Modyfikacją treści siwz z dnia 19 maja 2015r. zamawiający zobowiązał wykonawców, aby w dokumentach ofertowych uwzględnili dokonaną modyfikację siwz. Przedmiotem zmiany była sekcja II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu, rozdział 3 siwz tiret 1, załącznik nr 1 pkt 2, załącznik nr 3 §2 ust. 1, załącznik nr 4 pkt 5, gdzie dla etapu VI zmieniono termin realizacji na do 9 grudnia 2015 r. Również w rozdziale 4 zmieniono termin wykonania zamówienia do 9 grudnia 2015r.

W ofercie odwołującego na str. 1-2 w preambule ofert oraz w pkt 4 znajdują się wyżej cytowane oświadczenia, których złożenia oczekiwał zamawiający, zaś w pkt 5 dla etapu VI wskazany jest termin do 15 grudnia 2015r. analogiczne zdanie znajduje się na str. 17 oferty w pkt 2 załącznika nr 1.

Odwołujący potwierdził, że nie załączył do swojej oferty próbki kosza z polimerobetonu, ale wydruk kosza 3D z innego materiału, którego rozmiary i waga (stwierdzone podczas

ogłędzin) nie odpowiadają wymaganiom w siwz, ani deklaracji wykonawcy zawartej w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia – wypełnionym przez odwołującego załączniku nr 1 do siwz. .

W informacji o unieważnieniu postępowania w części dotyczącej odrzucenia oferty innego wykonawcy zamawiający wskazał, że nie wezwał tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów oraz próbek w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj.:

- wykonawca nie uwzględnił w złożonej ofercie dokonanej przez zamawiającego modyfikacji treści siwz z dnia 19.05.2015 r. w zakresie dotyczącym zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia tj. terminu dostawy ostatniej partii koszy - etap VI;
- wykonawca nie podał w formularzu oferty deklarowanego okresu gwarancji jakości na przedmiot niniejszego zamówienia, który stanowi kryterium oceny ofert,
- wykonawca nie załączył do oferty wzoru karty gwarancyjnej, o której mowa w pkt 12.10f) siwz;
- wykonawca nie dostarczył zamawiającemu kosza polimerobetonowego wraz z wkładem oraz wkładu stożkowego (próbek), o których mowa w pkt 12.10 e) siwz.

Z pisma zamawiającego z dnia 22 maja 2015r. wynika, że odwołujący zwrócił się z prośbą o udostępnienie kosza polimerobetonowego za kaucją 1000zł. i że kosz ten przekazano protokołem, a kaucję wpłacono.

Izba zważyła co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia którejkolwiek z przesłanek opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał istnienie przesłanek materialno prawnych wynikających z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego choć nie zaszła sprzeczność oferty z siwz, a oferta podlegała poprawieniu przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie poprawienia oferty odwołującego w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania, względnie zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty i następnie dokonania poprawy tzw. innej omyłki,

Zarzuty zostaną rozpoznane łącznie. Zarzuty częściowo zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (tj. przepisem dotyczącym dozwolonego zakresu poprawy omyłek). Z uwagi na to, że odwołujący podnosi zaniechanie poprawy kwestionowanej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, dla rozstrzygnięcia ma znaczenie szczególnie ta część normy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, która odnosi się do możliwości poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje ustalić treść siwz oraz ustalić treść oferty i dokonać porównania tych ustalonych treści, a w przypadku stwierdzenia niekompatybilności tych treści odrzucić taką ofertę, o ile nie da się jej poprawić. W przedmiotowej sprawie przedmiotem sporu nie była ani treść siwz, gdyż treścią siwz po modyfikacji z dnia 19 maja 2015r. było wymaganie zamawiającego, aby etap VI był wykonany do dnia 9 grudnia 2015r., nie sporna była także treść oferty odwołującego, który tak w formularzu ofertowym jak i załączniku nr 1 do siwz deklarował wykonanie etapu VI do 15 grudnia 2015r.. Tym samym niewątpliwie zachodziła pierwsza część przesłanki odrzucenia oferty wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. treść oferty była niezgodna z treścią siwz. Należało zatem ocenić czy zachodziła przesłanka pozwalająca zamawiającemu na odstąpienie od zastosowania instytucji odrzucenia oferty, w tym przypadku, czy zachodziły podstawy do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, który stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie 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. Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca posługując się pojęciem „inna omyłka” odnosi to pojęcie do pozostałych omyłek nazwanych w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy tj. omyłki rachunkowej i omyłki pisarskiej. Tym samym inna omyłka została zdefiniowana bardzo szeroko, jaka każda inna niż pisarska i rachunkowa niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Ustawodawca do innej omyłki nie dodaje także dookreśleń jak np. „oczywista”, czy „niezamierzona”, „nieświadoma”, czy wreszcie „niezawiniona”, choć posługiwanie się pojęciem omyłki, a nie błędu, mogłoby wskazywać na niezawiniony charakter niezgodności. Niemniej jednak w ocenie Izby brak wskazania dodatkowego elementu ocennego jak wina czy świadomość, pozwala zamawiającemu poprzestać na ustaleniu, że wystąpiła jakakolwiek inna niezgodność treści oferty z treścią siwz (niż pisarska i rachunkowa), aby mógł przystąpić do analizy czy poprawa tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Tym samym o możliwości poprawy omyłki nie decyduje stan świadomości czy wola popełniającego niezgodność, ale to czy poprawa tej niezgodności w sposób istotny zmieni treść oferty. Tym samym stanowisko zamawiającego, że omyłka nie nadaje się do poprawy w sytuacji, gdy powstała w wyniku rażącego niedbalstwa, nie znajduje oparcia w treści art.

87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Na marginesie jedynie można dodać, że nie doszłoby do omyłki odwołującego, gdyby nie brak w dacie sporządzania siwz należytej analizy terminów niezbędnych zamawiającemu dla rozliczenia dotacji uzyskanej z Urzędu Miasta. Tym samym w ocenie Izby niewątpliwie wystąpiła omyłka polegająca na niezgodności oferty z siwz. Tym samym dla rozstrzygnięcia ma znaczenie ocena, czy poprawienie tej omyłki z daty 15 grudnia 2015r. na datę 9 grudnia 2015r. spowoduje istotną zmianę treści oferty. W ocenie Izby taka sytuacja nie ma miejsca w niniejszej sprawie. Zgodnie z ustaleniami stanu faktycznego dokonany wyżej, to zamawiający określił maksymalne terminy realizacji poszczególnych partii dostaw. Zamawiający mimo, że dopuścił możliwość wcześniejszego spełnienia świadczenia w ramach danej dostawy częściowej, to nie przewidział, aby wykonawcy mieli możliwość na etapie ofertowania zadeklarować, że z tej możliwości chcą skorzystać np. choćby przez pozostawienie przy poszczególnych terminach dla konkretnych etapów wykropkowanych miejsc. Tym samym w rzeczywistości terminy realizacji poszczególnych partii dostaw nie podlegały zmianom i nie były elementem oferty wykonawcy. Mógł on bowiem jedynie przystać na wymóg zamawiającego i złożyć ofertę, lub na niego nie przystać, nie przystępując do postępowania, nie miał natomiast możliwości zaferowania zamawiającemu własnych terminów wykonania zamówienia. Terminy te nie były także kryteriami oceny ofert. Dodatkowo o braku istotności omyłki wykonawcy świadczy to, że była ona niejako wywołana przez zamawiającego, to gdyby zamawiający się nie pomylił, nie pomyliłby się także odwołujący, korzystając z nieaktualnego formularza ofertowego czy załącznika nr 1. Nadto omyłka ta dotyczy nie wszystkich świadczeń w zakresie przedmiotu zamówienia, który ma być dostarczany partiami, ale tylko ostatniej partii 500 sztuk koszy. Co więcej ewentualne opóźnienie, które mogłoby nastąpić, gdyby zamawiający podpisał umowę na warunkach oferty odwołującego nie dawałoby podstaw zamawiającemu do odstąpienia od umowy, na co sam wskazał przywołując odpowiednie postanowienia umowne, choć wyciągając odmienne wnioski, w odpowiedzi na odwołanie, z których wynikało, że dla zamawiającego istotne znaczenie ma opóźnienie w realizacji dostawy powyżej 7 dni. Także ta okoliczność przemawia za przyjęciem, że poprawa omyłki nie zmieniała w sposób istotny oferty. W ocenie Izby nie było podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy, czego domagał się odwołujący, albowiem zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy 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 (dialog konkurencyjny) i 2 (poprawa omyłek, w tym innych omyłek), dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W ocenie Izby wobec faktu, że to zamawiający narzucił terminy realizacji poszczególnych partii dostaw oraz tego, że omyłkowa deklaracja odwołującego dotyczyła wyłącznie terminu pierwotnie narzuconego przez zamawiającego, zamawiający nie musiał

ustalać z wykonawcą, jaki termin deklaruje. Jeśli wolą wykonawcy nie było zadeklarowanie terminu 9 grudnia 2015r., a chciał zrealizować ostatnią dostawę w dniu 15 grudnia 2015r., to po prostu mógł nie wyrazić zgody na poprawę omyłki ze skutkiem odrzucenia oferty wynikającym z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy. W tym stanie rzeczy Izba dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez jego niezastosowanie i niedokonanie poprawy oferty odwołującego, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego zastosowanie, mimo że oferta odwołującego nadawała się do poprawienia. W konsekwencji Izba nakazała unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego i nakazanie zamawiającemu dokonania poprawy omyłki przez zastąpienie treści pkt 5 formularza ofertowego w pkt. dotyczącym etapu VI wskazaniem daty 9 grudnia 2015r. oraz zastąpienie analogiczną treścią daty 15 grudnia 2015r. wskazanej w załączniku nr 1 do siwz. Izba nie dopatrzyła się natomiast naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy przez jego niezastosowanie w sytuacji gdy zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia wzoru kosza będącego przedmiotem zamówienia

Zarzut potwierdził się. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Art. 25 ust. 1 pkt 2 stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie z § 6 ust.1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form,

w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) w celu potwierdzenia, że ofertowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności próbek. W ocenie Izby z delegacji ustawowej z art. 25 ust. 2 ustawy wynika, że próbka jest dokumentem w rozumieniu ustawy, zatem co do zasady możliwe jest jej uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie i doktrynie, że uzupełnienie próbki jest możliwe, jeżeli złożenie tego dokumentu ma służyć wyłącznie potwierdzeniu wymagań jakościowych zamawiającego, natomiast nie jest możliwe z uwagi na treść zd.1 art. 87 ust. 1 ustawy, jeśli za pomocą próbki opisuje się zaoferowany przedmiot, czyli w sytuacji, gdy próbka w rzeczywistości stanowi ofertę sensu stricto. W ocenie Izby z postanowień siwz wprost wynika, że w niniejszym postępowaniu próbka służyła wyłącznie potwierdzeniu wymagań jakościowych zamawiającego. Wynika to z faktu, że zamawiający w celu potwierdzenia spełniania wymagań zamawiającego, żądał dwóch dokumentów tj.:

- szczegółowego opisu oferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia potwierdzającego, iż spełnia on wszystkie żądane przez zamawiającego parametry określone w zał. nr 1 do siwz – należy wypełnić zał. nr 1 do siwz (kolumna „potwierdzenie spełnienia” wpisać „tak” lub „nie”,
- oraz próbki w celu udokumentowania, że oferowany koszt uliczny z polimerobetonu wraz z wkładem oraz wkład stożkowy wykonane zostały w sposób staranny i z zachowaniem najwyższych standardów jakościowych oraz spełniają parametry określone w zał. 1 do siwz. Czyli to za pomocą załącznika nr 1 wykonawca opisywał oferowany przedmiot, a za pomocą próbki jedynie dowodził, że koszt i wkłady mają takie parametry jak zadeklarował. Tym samym ofertę sensu stricto w przedmiotowej sprawie stanowił szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, a dokument na potwierdzenie wymagań jakościowych stanowiła próbka. W tej sytuacji zatem w ocenie Izby uzupełnienie próbki była dopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż próbka jedynie prezentowała zadeklarowane parametry, a nie je deklarowała, zatem jej zmiana nie stanowiła zmiany treści oferty wynikającej z załącznika nr 1 do siwz wypełnionego przez odwołującego. W konsekwencji zamawiający nie mając innych podstaw odrzucenia oferty odwołującego niż brak próbki, naruszył art. 26 ust. 3 ustawy odstępując od jego zastosowania wobec odwołującego i nie dokonując wezwania do uzupełnienia próbki. W tym stanie rzeczy konieczne stało się nakazanie zamawiającemu dokonania wyżej określonej zaniechanej czynności.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy przez jego zastosowanie choć w okolicznościach sprawy zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego a więc nie zachodziły też przesłanki z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. do unieważnienia postępowania.

Zarzut potwierdził się. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy 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 (dotyczących innych trybów niż przetarg nieograniczony). Jak wynika z wcześniejszego rozstrzygnięcia przez Izbę zarzutów odwołania, odrzucenie oferty odwołującego było nieprawidłowe i przedwczesne. Dopóki nie zostaną zastosowane prawidłowo art. 26 ust. 3 ustawy i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zamawiający nie ma pewności, że nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. W konsekwencji czynność unieważnienia postępowania była przedwczesna i dokonana sprzecznie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, stąd Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 2 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) obciążając zamawiającego kosztami postępowania i nakazując zamawiającemu dokonanie ich zwrotu na rzecz odwołującego w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania, kosztów związanych z wynagrodzeniem pełnomocników do wysokości udowodnionej złożonymi rachunkami, z ograniczeniem do wysokości maksymalnej dopuszczonej przez rozporządzenie.

Przewodniczący: