

Sygn. akt: KIO 2253/17

WYROK

z dnia 6 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2017 r. przez wykonawcę **L. P. Sp. z o.o. z siedzibą w Z.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Pocztę Polską S.A. z siedzibą w W.**,

przy udziale wykonawcy **W. I. Sp. z o.o. z siedzibą w N.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę L. P. Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez 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 2017 r., poz. 1579) 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 – Poczta Polska S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa pocztowych kontenerów przejezdnych*.

W dniu 27 października 2017 r. wykonawca L. P. Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy W. Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający żądał, by każdy z oferentów w składanej ofercie wskazał miejsce dostawy przedmiotu zamówienia (miejsce świadczenia) – essentialia negotii. Zamawiający ustalił w SIWZ zamknięty katalog miejsc wydania przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 2 do SIWZ – formularz ofertowy), spośród których wykonawca musiał wybrać jedno według swojego uznania i wpisać je w formularzu ofertowym. Wykonawca W. Sp. z o.o. wpisał do oferty dwa alternatywne miejsca dostawy (Zabrze lub Wrocław), zawężając jedynie zaproponowany przez Zamawiającego katalog, nie składając jednak oferty w tym zakresie. Zdaniem Odwołującego wykonawca W. Sp. z o.o. złożył ofertę dotkniętą brakiem w zakresie miejsca świadczenia, która podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ. Zamawiający samodzielnie i bez porozumienia z wykonawcą dokonał poprawienia oferty, określając miejsce wykonania świadczenia, co w ocenie jest niezgodne z ustawą i stanowi naruszenie podstawowych zasad rządzących trybem prowadzenia postępowań przetargowych.

Odwołujący podniósł, że wskazany w SIWZ zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli wykonawcy jest podstawą dla oceny zgodności treści złożonej przez niego oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Dzięki SIWZ Zamawiający precyzuje, jakiego dokładnie świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca W. Sp. z o.o. nie wskazał jednego miejsca wydania kontenerów przejezdnych, a dwa alternatywne, posługując się spójnikiem alternatywnym „lub”, co spowodowało niezgodność treści jego oferty z SIWZ, ponieważ nie zapewnia ona realizacji zamówienia w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego i jednocześnie nie daje żadnych podstaw do ustalenia, które z przewidzianych miejsc zostało tak naprawdę zaproponowane i jaka jest treść jego oświadczenia woli. Wykonawca, jako podmiot profesjonalny zainteresowany realizacją zamówienia, powinien dochować należytej staranności, aby złożyć ofertę zgodną z merytorycznymi oczekiwaniami Zamawiającego, czego w niniejszym postępowaniu

zaniechał. W. Sp. z o.o. wykazał w ten sposób swoje nieprzygotowanie do realizacji zamówienia w zgodzie z wolą Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że wykonawca był przygotowany wydać przedmiot zamówienia w całości zarówno w Zabrze, jak i we Wrocławiu, nie można jednoznacznie ustalić jego woli. Spójnik „lub” jako alternatywa łączna oznacza, że w sensie logicznym (matematycznym) może być on stosowany tylko w jednym znaczeniu, zgodnie z którym A lub B oznacza: A, B, A+B. W rezultacie, możliwe byłyby trzy sposoby rozumienia tego zapisu formularza ofertowego. Takie sformułowanie stanowiło celowe działanie wykonawcy, który postępując w ten sposób pozostawił sobie możliwość wyboru takiego miejsca dostawy przedmiotu zamówienia, które będzie dla niego dogodniejsze w terminie późniejszym. Wskazanie dwóch miejsc wydania przedmiotu zamówienia stanowi błąd, który uniemożliwia jednoznaczne zdekodowanie rzeczywistego zamiaru wykonawcy, w takim przypadku Zamawiający nie ma obowiązku domyślania się pożądanej przez wykonawcę wykładni jego oświadczenia woli oraz nie może domyślać się, jaka powinna być treść oferty, lecz bezwzględnie powinien ją odrzucić. Wobec tego Zamawiający nie miał uprawnienia do zmiany treści oferty poprzez wybór jednego z miejsc dostawy wskazanych w formularzu ofertowym, a taka oferta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący podniósł, że wskazanie dwóch miejsc dostawy przedmiotu zamówienia nie mogło zostać zakwalifikowane przez Zamawiającego jako inna omyłka podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten dotyczy omyłki zbliżonej swym charakterem do niedokładności błędu pisarskiego lub błędu rachunkowego i ma na celu uniknięcie odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, niedopatrzeń, niezamierzonych błędów, opuszczeń, drobnych różnic. Zdaniem Odwołującego, wskazanie przez Wanzl Sp. z o.o. dwóch miejsc wydania przedmiotu zamówienia było celowe i nie mogło zostać uznane przez zamawiającego za omyłkę. Świadome zamieszczenie czegoś w ofercie wyklucza uznanie rezultatu za omyłkę, a brak omyłkowości działania wykonawcy powoduje, że zamawiający nie może poprawić oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto, poprawienie oferty jest niezgodne z przywołanym wyżej przepisem, stanowi bowiem istotną zmianę jej treści, gdyż dotyczy elementów przedmiotowo istotnych. Miejsce wydania przedmiotu zamówienia jest, obok ceny i specyfikacji przedmiotu zamówienia, głównym zapisem umownym, któremu Zamawiający przez ukształtowanie postanowień SIWZ nadał taki walor, ze względu na fakt wskazania go w formularzu ofertowym.

Odwołujący wskazał, że instrument przyznany Zamawiającemu przez art. 87 ust. 2 pkt 3 służy uniknięciu zbytniego formalizmu postępowania i pozwala naprawiać drobne nieścisłości. Wykorzystanie tego instrumentu nie może jednak polegać na tym, że zamawiający poprzez te uprawnienie samoczynnie naprawia błędy profesjonalnego

wykonawcy i kształtuje (zmienia) ofertę tego ostatniego w taki sposób, aby odpowiadała warunkom zamówienia – kształtuje treść oferty bez porozumienia z wykonawcą. Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zawsze oświadczeniem woli wykonawcy, który przedstawia ją samodzielnie odpowiadając na oczekiwania zamawiającego wyrażone w SIWZ. Wykonawca ustala suwerennie na jakich warunkach dostawy chce zaoferować produkt. Dopuszczona przez ustawodawcę ingerencja zamawiającego w treść oświadczenia woli wykonawcy nie może polegać na wcielaniu się zamawiającego w rolę wykonawcy i zastępowaniu go przy ustaleniu, na jakich warunkach chce zaoferować produkt w danym postępowaniu. Ingerencja zamawiającego w treść oświadczenia woli wykonawcy jest instytucją stanowiącą wyjątek od reguły niezmienności treści oferty, a jej istotą we wszystkich sytuacjach opisanych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp jest przywróceniu ofercie brzmienia zamierzonego przez wykonawcę, a w stosunku do oferty W. Sp. z o.o. w zakresie miejsca dostawy nie sposób ustalić tego brzmienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający samodzielnie i arbitralnie dokonał wyboru jednego spośród dwóch miejsc wskazanych przez wykonawcę, co stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp i złamanie zasad składania oferty ustalonych w SIWZ. Umowa o dostawę w zakresie miejsca świadczenia wypełniana jest w oparciu o dane z oferty. Działanie zamawiającego nie mieści się w dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Nie istnieją żadne podstawy prawne czy też przesłanki natury faktycznej czy logicznej, w oparciu o które Zamawiający mógł samodzielnie dokonać wyboru jednego z dwóch miejsc dostawy kontenerów. Czynność Zamawiającego polegająca na poprawie oferty W. Sp. z o.o. stanowiła nadużycie uprawnień, co w efekcie naruszyło zasady uczciwej konkurencji między uczestnikami postępowania oraz doprowadziło do faworyzowania W. Sp. z o.o. w tym postępowaniu w stosunku do Odwołującego, którego oferta została złożona należycie i w wyczerpującej treści. Zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz nakaz transparentności postępowania wynikający z jawności i pisemności postępowania sprzeciwiają się jakiegokolwiek arbitralności działań zamawiającego i działania przeciwko pozostałym przygotowanym do realizacji zamówienia wykonawcom.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty W. Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, odrzucenia oferty W. Sp. z o.o. jako oferty niezgodnej SIWZ, powtórzenia czynności oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca W. Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

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

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

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 5 lipca 2017 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w Załączniku nr 2 do SIWZ Formularz oferty Zamawiający wymagał od wykonawców podania miejsca wydania kontenerów, przy czym należało wskazać jedno z siedmiu miejsc z listy podanej przez Zamawiającego.

Przystępujący wpisał w Formularzu oferty: *Miejscem wydania kontenerów przejezdnych będzie: WER Z. lub WER W..*

Pismem z 12 września 2017 r. Zamawiający poinformował, że poprawił w ofercie Przystępującego omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający wskazał: *w Załączniku nr 2 do SIWZ Formularz ofertowy podali Państwo: „Miejscem wydania kontenerów przejezdnych będzie: WER Z. lub WER W.”. Zamawiający dokonał poprawienia omyłki zgodnie z poniższą treścią: „Miejscem wydania kontenerów przejezdnych będzie: WER Z.”.* Obie z powyższych lokalizacji znalazły się na liście przedstawionej przez Zamawiającego we wzorze Formularza oferty.

Pismem z 12 września 2017 r. wykonawca poinformował, że akceptuje dokonaną korektę formularza oferty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Art. 87 ust. 2 pkt 3 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.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SIWZ, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że nie ma wątpliwości, że w ofercie Przystępującego wystąpiła niezgodność z treścią SIWZ, polegająca na wpisaniu dwóch miejsc dostawy kontenerów, zamiast jednego. W ocenie Izby niezgodność ta podlegała poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Twierdzenie Odwołującego, jakoby wpisanie do Formularza oferty dwóch miejsc dostawy przedmiotu zamówienia nie było omyłką, ale zamierzonym działaniem Przystępującego, jest gołosłowne, nie ma natomiast – zdaniem Izby – podstaw zakładać, że Przystępujący z premedytacją złożył ofertę w oczywisty sposób niespełniającą jednego z wymagań SIWZ. Przeciwnie, mogło to z pośpiechu przy sporządzaniu oferty, przygotowania jej wstępnego projektu w wersji wymagającej doprecyzowania, a następnie – braku weryfikacji ostatecznej treści oferty itp. Zauważyć również należy, że po poprawieniu spornej omyłki Przystępujący wyraził pisemną zgodę na jej poprawienie, co pozwala uznać uchybienie w ofercie za skutek niezamierzonego błędu (omyłki).

Nie jest również tak, jak twierdził Odwołujący, że Zamawiający nie miał żadnej wiedzy, w jaki sposób może ofertę Przystępującego poprawić. Skoro wykonawca wpisał w Formularzu oferty dwie lokalizacje, z których każda była zgodna z SIWZ, to przyjęcie pierwszej z tych lokalizacji jako poprawnej i wykreślenie drugiej było działaniem logicznym i uzasadnionym.

W ocenie Izby nie sposób przyjąć, że poprawienie oferty doprowadziło do istotnych zmian jej treści. Oceniając tę kwestię należy mieć na uwadze, że Przystępujący zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z szeregiem wymagań opisanych przez Zamawiającego – i to stanowiło istotę jego oferty. Pozostawienie wykonawcom wyboru miejsca dostawy, jak wyjaśnił na rozprawie Zamawiający, miało stanowić dla nich udogodnienie pozwalające zoptymalizować koszty realizacji zamówienia, a określenie zamkniętego katalogu tych lokalizacji miało z kolei zagwarantować Zamawiającemu, że dostawa będzie wykonana w miejscu dla niego dogodnym pod względem logistycznym. Oba miejsca wpisane przez

Przystępującego do oferty były zgodne z tym katalogiem, a wadliwość oferty polegała wyłącznie na wskazaniu dwóch miejsc zamiast jednego, w żadnym innym zakresie zgodność tej oferty z wymaganiami Zamawiającego nie została zakwestionowana. Należy więc stwierdzić, że skala nieprawidłowości oferty w żadnej mierze nie uzasadniała jej odrzucenia, odrzucenie takie byłoby wyrazem nadmiernego, niczym nieuzasadnionego formalizmu.

Nie sposób również zgodzić się z Odwołującym, że doszło do niedozwolonego negocjowania treści oferty między Zamawiającym a Przystępującym. Jedynym działaniem Zamawiającego było poprawienie omyłki, a wykonawcy – wyrażenie na to zgody.

Ponadto nie zasługuje na uwzględnienie teza, jakoby Zamawiający faworyzował Przystępującego kosztem Odwołującego. Żadne okoliczności potwierdzające takie faworyzowanie nie zostały przez Odwołującego wykazane. Odwołujący podnosił, że nierówne traktowanie miało polegać na tym, że Zamawiający poprawił ofertę Przystępującego, przygotowaną bez należytej staranności, podczas gdy Odwołujący złożył prawidłowo wypełniony Formularz oferty. Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że całkowicie nieuprawnione jest upatrywanie faworyzowania wykonawcy w poprawieniu omyłki w jego ofercie, poprawienie takie – jeśli nie prowadzi do istotnej zmiany treści pierwotnego oświadczenia woli – jest bowiem nie tylko dopuszczone, ale i nakazane przez ustawę. Jednocześnie zauważenia wymaga, że omyłki z definicji są wynikiem niedołożenia należytej staranności przy sporządzaniu oferty, ustawodawca jednak wprowadzając przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp uznał, że w przypadku omyłek niemających zasadniczego znaczenia z punktu widzenia wymagań zamawiającego i realizacji przedmiotu zamówienia, taki brak staranności nie powinien skutkować odrzuceniem oferty. Należy więc stwierdzić, że Zamawiający nie faworyzował jednego z wykonawców, a jedynie wykorzystał instytucję przewidzianą ustawą Pzp. Fakt, że oferta Odwołującego nie zawierała analogicznych uchybień, nie oznacza obowiązku odrzucenia oferty Przystępującego z zaniechaniem wypełnienia obowiązków określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że czynności Zamawiającego nie stanowiły naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Brak jest również jakichkolwiek podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, działania Zamawiającego w spornym zakresie nie miały bowiem żadnych znamion nierównego traktowania wykonawców. W konsekwencji nie doszło do zarzucanego naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Za niezrozumiałe natomiast należy uznać zarzucanie Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, zamówienie bowiem - według stanu na dzień orzekania w niniejszej sprawie – nie zostało udzielone.

W związku z niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: