

Wyrok
z dnia 12 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 12 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2019 r. przez wykonawcę **BUDMAX s.c. S. M. J. M., ul. Słoneczna 47, 38-120 Czudec** w postępowaniu prowadzonym przez **Kliniczny Szpital Wojewódzki Nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie, ul. Lwowska 60, 35-301 Rzeszów**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego oraz nakazuje ponowienie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty tego wykonawcy.

2. kosztami postępowania obciąża **Kliniczny Szpital Wojewódzki Nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Medicus BUDMAX s.c. S. M. J. M., ul. Słoneczna 47, 38-120 Czudec** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1. zasądza od **Klinicznego Szpitala Wojewódzkiego Nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie** na rzecz **BUDMAX s.c. S. M. J. M., ul. Słoneczna 47, 38-120 Czudec** kwotę **11 632 zł 11 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote jedenaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (7 500 zł), wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł) i dojazdu na posiedzenie (532,11 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Kliniczny Szpital Wojewódzki nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie wielobranżowego nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. >>Przebudowa remont Kliniki Chirurgii Dzieci i Oddziału Ortopedii i Traumatologii Narządu Ruchu Dzieci w Klinicznym Szpitalu Wojewódzkim nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie<< realizowanego w ramach projektu pn. >>Modernizacja i doposażenie Klinicznego Szpitala Wojewódzkiego nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie na potrzeby funkcjonowania centrum urazowego dzieci<<”, znak ZP 250/005/2019 prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Kliniczny Szpital Wojewódzki nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwot, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług nadzoru budowlanego.

Odwołujący: BUDMAX S.c. S. M. J. M. ul. Słoneczna 47 38-120 Czudec wniósł dnia 26.02.2019 r. odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z niezgodnością z SIWZ. Wedle Zamawiającego niezgodność oferty polegać miała na niepodaniu przez Odwołującego w Formularzu ofertowym podlegającej ocenie w kryteriach oceny ofert informacji dotyczącej „częstotliwości wizyt na budowie w ciągu tygodnia”, mimo że wymóg taki wynikał z SIWZ.

W rzeczywistości Odwołujący podał w Formularzu ofertowym informację o „częstotliwości wizyt na budowie w ciągu tygodnia”, lecz popełnił przy tym oczywistą omyłkę pisarską, która powinna przez Zamawiającego zostać poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 ust. pkt 1 ustawy pzp.

Ewentualnie - w razie uznania przez Zamawiającego, że omyłka ta nie stanowiła oczywistej omyłki pisarskiej, powinien on dokonać poprawienia tej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty SIWZ.

Zamawiający mógł również poprzedzić poprawienie omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a następnie dokonać stosownej poprawki zgodnie z treścią wyjaśnień Odwołującego.

Gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny ofert - w tym zastosował prawidłowo wobec oferty Odwołującego przewidziane w ustawie pzp zasady

dotyczące poprawiania omyłek w ofertach - Odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem jego oferta była najkorzystniejsza w kryteriach oceny ofert określonych w postępowaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ polegającą na nieprawidłowym podaniu w Formularzu oferty informacji o „częstotliwości wizyt na budowie w ciągu tygodnia”, podczas gdy była ona w pełni zgodna z treścią SIWZ, w tym w zakresie zgodności informacji o „częstotliwości wizyt na budowie w ciągu tygodnia”;

II. art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp przez zaniechanie poprawienia oferty Odwołującego w zakresie informacji o „częstotliwości wizyt na budowie w ciągu tygodnia” jako oczywistej omyłki pisarskiej,

ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia oferty Odwołującego w zakresie informacji o „częstotliwości wizyt na budowie w ciągu tygodnia” jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty SIWZ,

ewentualnie art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji o „częstotliwości wizyt na budowie w ciągu tygodnia”, a następnie poprawienia jej jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty SIWZ,

III. art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, pomimo zgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ,

IV. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 21.02.2019 r.;
- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 21.02.2019 r.;
- powtórzenia czynności oceny i badania ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- dokonania w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej poprzez zastąpienie zwrotu „5 wizyt” zwrotem „5 wizyt na budowie w tygodniu”, ewentualnie poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ewentualnie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a następnie dokonania poprawki w jego ofercie zgodnie z wyjaśnieniami na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp,
- wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W rozdziale XVIII SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

Oferta oceniana będzie pod względem

- 1) formalnym tj. spełnienia warunków podanych w SIWZ (wymagane dokumenty)
- 2) merytorycznym tj. wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z poniżej podany mi kryteriami.

1. Przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami:

- 1) Cena - 60 %
- 2) Dyspozycyjność - 40%

2) Dyspozycyjność oceniane będzie przez członków komisji przetargowej na podstawie podanych przez Wykonawców danych zamieszczonych w Załączniku nr 1 do SIWZ formularz oferty

Minimalna wymagana liczba wizyt na budowie inspektorów nadzoru we wszystkich branżach - 2 wizyty na budowie w tygodniu, każda potwierdzona wpisem do dziennika budowy. Przez pojęcie „wizyta” rozumie się wykonywanie czynności przez inspektora nadzoru w zakresie zgodnym z umową potwierdzonych wpisem do dziennika budowy.

Wartość punktowa w kryterium „Dyspozycyjność” będzie liczona w następujący sposób:

- | | | |
|---------------------------------|---|------|
| -2 wizyty na budowie w tygodniu | - | 0 % |
| -3 wizyty na budowie w tygodniu | - | 10% |
| -4 wizyty na budowie w tygodniu | - | 20 % |
| -5 wizyt na budowie w tygodniu | - | 40% |

3. Treść kryterium „Dyspozycyjność” miała przełożenie na postanowienie § 2 ust. 1 pkt 3 wzoru przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik nr 5 do SIWZ):

4. Z treścią kryterium „Dyspozycyjność” skorelowana była również treść wzoru Formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ):

II. Dyspozycyjność

Oświadczam, że minimalna liczba wizyt na budowie inspektorów nadzoru we wszystkich branżach wynosi:

- 2 wizyty na budowie w tygodniu
- 3 wizyty na budowie w tygodniu
- 4 wizyty na budowie w tygodniu
- 5 wizyt na budowie w tygodniu

*Niepotrzebne skreślić

Odwołujący zaoferował najniższą cenę 131 701,55 zł, a w Formularzu ofertowym - w kontekście kryterium oceny ofert „Dyspozycyjność” - Odwołujący zawarł zwrot „5 wizyt”.

II. Dyspozycyjność

Oświadczam, że liczba wizyt na budowie inspektorów nadzoru we wszystkich branżach wynosi: 5 wizyt

W toku postępowania Zamawiający nie informował Odwołującego o dokonaniu poprawki oczywistej omyłki pisarskiej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, ani nie wezwał go do złożenia wyjaśnień w zakresie treści Formularza ofertowego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp (w celu uzyskania wyjaśnień odnośnie rozumienia zwrotu „5 wizyt” oraz ewentualnego poprawienia go jako inne omyłki w ofercie na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp).

Dnia 21.02.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty (oferty wykonawcy KDI) oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie podał w swojej ofercie, zgodnie z wymaganiami SIWZ, częstotliwości wizyt na budowie w ciągu tygodnia, w związku z czym niemożliwe było dokonanie oceny oferty w kryterium „Dyspozycyjność”.

Dalej Zamawiający wskazał, że z treści oświadczenia Odwołującego nie wynika również, że spełnia on warunek minimalny przyznania punktów w kryterium „Dyspozycyjność” tj. dotyczący minimum 2 wizyt na budowie w tygodniu.

W kontekście poprawiania omyłek w ofercie Zamawiający wskazał, że nie zwracał się do Wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty z uwagi na fakt, że złożone wyjaśnienia prowadziłyby do zmiany treści oferty, co miałyby naruszyć art. 87 ust. 1 Pzp, bowiem stanowiłoby prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji.

Przechodząc do uzasadnienia zarzutów odwołania należy wskazać co następuje:

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polegająca na nieprawidłowym podaniu w Formularzu oferty informacji o „częstotliwości wizyt na budowie w ciągu tygodnia”, podczas gdy była ona w pełni zgodna z treścią SIWZ, w tym w zakresie zgodności informacji o „częstotliwości wizyt na budowie w ciągu tygodnia”:

Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego mimo, że była ona w pełni zgodna z treścią SIWZ. Wskazać na wstępie należy, że rzeczywistą i jedyną wolą Odwołującego było zaoferowanie w kryterium „Dyspozycyjność” 5 wizyt w tygodniu, a nie 5 wizyt w ciągu całego okresu trwania umowy ws. zamówienia publicznego.

Wskazać należy, że Zamawiający przy swojej interpretacji zawartego w ofercie Odwołującego zwrotu „5 wizyt” pominął całkowicie okoliczności w jakich oświadczenie to zostało złożone, tj. dokonał interpretacji tego oświadczenia w całkowitym oderwaniu od zasad interpretacji oświadczeń woli określonych w art. 65 § 1 Kc: „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”.

Zamawiający najwyraźniej zinterpretował oświadczenie Odwołującego, w taki sposób, że zaoferował on nie 5 wizyt w tygodniu (a taka była intencja Odwołującego), lecz 5 wizyt w

ciągu trwania całej umowy. Taka interpretacja oświadczenia woli Odwołującego pozostawała w sprzeczności z jego rzeczywistym znaczeniem i była całkowicie oderwana od okoliczności w jakich zostało ono złożone.

II. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie poprawienia oferty Odwołującego w zakresie informacji o „częstotliwości wizyt na budowie w ciągu tygodnia” jako oczywistej omyłki pisarskiej, ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oferty Odwołującego w zakresie informacji o „częstotliwości wizyt na budowie w ciągu tygodnia” jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty SIWZ, ewentualnie art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji o „częstotliwości wizyt na budowie w ciągu tygodnia”, a następnie poprawienia jej jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty SIWZ:

Ponownie wskazać należy, że zwrot „5 wizyt”, którym posłużył się Odwołujący w Formularzu ofertowym był na tyle jasny i precyzyjny, że stosując zasady wykładni oświadczeń woli z art. 65 § 1 Kc nie mogło być wątpliwości, że chodzi mu w rzeczywistości o 5 wizyt na budowie w tygodniu a nie o 5 wizyt w okresie realizacji całej umowy. Ocena oświadczenia woli Odwołującego dokonana przez Zamawiającego zupełnie abstrahowała od treści całokształtu postanowień dokumentacji przetargowej, na podstawie których dało się w pełni ustalić jaka była rzeczywista wola Odwołującego.

Strony postępowania odwoławczego złożyły oświadczenia w trakcie rozprawy.

Odwołujący wskazał, że wraz z ofertą złożył parafowaną przez siebie umowę, z której treści wynika, że nie było możliwe inne rozumienie liczby wizyt inspektora nadzoru na budowie niż 5 razy w tygodniu. Złożył dodatkowo pismo procesowe z dodatkowym uzasadnieniem stanowiska. Wskazał nadto na postanowienia SIWZ, z których wprost wynika konieczność wizyt na budowie w określonej częstotliwości, tj. rozdz. III pkt 5.4 i rozdz. III pkt 5.2.26, a także pkt 5.2.38.

Stwierdził, że żądane przez niego usunięcie różnicy w słowach użytych w ofercie nie doprowadziłoby do zmiany treści oferty. Zauważył, że nie ma racjonalnego wytłumaczenia dla stwierdzenia o celowym sformułowaniu treści z pominięciem słów „w tygodniu” z zamiarem wykonywania czynności w innych, dłuższych odstępach czasu.

Wskazał na własne doświadczenie w branży, w szczególności w zakresie nadzoru inwestorskiego w inwestycjach na obiektach szpitalnych.

Przypomniał, że sporna treść oferty zawarta jest w pkt II Dyspozycyjność, która stanowi jednocześnie kryterium oceny ofert i jest szczegółowo opisana w SIWZ, w szczególności ze wskazaniem o wymaganej minimalnej liczbie wizyt w tygodniu i odnoszona jest do tej właśnie jednostki czasu. Stwierdził także, iż w toku otwarcia ofert Zamawiający, także dla

oferty Odwołującego, wskazał, iż deklarowana jest określona liczba wizyt w tygodniu, jakkolwiek informacja ta została następnie sprostowana przez wskazanie rzeczywistej treści, bez słów „w tygodniu”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów.

Stwierdził, że postanowienia SIWZ i treść formularza były jasne i precyzyjne. Zauważył, że sporna treść oferty nie mogła być zmieniona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3, gdyż sugerowana zmiana byłaby zmianą istotną. Za niemające znaczenia w sprawie uznał złożenie przez Odwołującego parafowanego wzoru umowy. Podkreślił, że w złożonej ofercie wykreślono wymagane w formularzu słowa „minimalny” i stwierdzenie, iż dotyczy wizyt w tygodniu. Popęlnienie tej banalnej pomyłki nastąpiło, zdaniem Zamawiającego, celowo. Formularz oferty był dostępny wykonawcom w wersji edytowalnej, a oferta złożona przez Odwołującego, jako zawierająca treść odmienną od wymaganej, nie mogła zostać poddana ocenie. Stwierdził, iż braki w treści oferty polegające na pominięciu słów „minimalny” i „w tygodniu” są istotne, stanowią essentialia. Podkreślił, że stanowisko Odwołującego może ewentualnie wskazywać na sposób wykonywania czynności w toku realizacji umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron przedstawionych na piśmie i do protokołu, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść oferty odwołującego zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma oczywisty interes we wniesieniu odwołania i dążeniu do uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a tym samym legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania od czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegającej na odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty konkurencyjnego wykonawcy.

Niesporne jest, że odwołujący się wykonawca w złożonym formularzu ofertowym deklarując liczbę wizyt w ramach kryterium oceny ofert pn. Dyspozycyjność wskazał „5 wizyt” bez określenia iż jest to liczba minimalna w tygodniu. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ.

Skład orzekający zauważył, iż rzeczywiście treść zawarta w formularzu ofertowym złożonym przez wykonawcę jest niezgodna z treścią siwz. W kontekście postanowień siwz, do których należą treści formularza ofertowego, opisu pozacenowego kryterium oceny ofert, wzoru umowy oraz obowiązków wykonawcy, przewidywana częstotliwość wizyt inspektorów

nadzoru robót ustalana jest, z jednym wyjątkiem, nie mającym znaczenia w sprawie, w rozliczeniu na jeden tydzień. W tym kontekście wskazanie przez wykonawcę 5 wizyt, przy jednoczesnej deklaracji poszanowania wszelkich postanowień siwz oznaczać może jedynie, iż pominięcie określenia „minimum” x wizyt „w tygodniu” oznacza tylko omyłkę w treści oferty, której poprawienie nie powoduje istotnych zmian w stosunku do wymagań specyfikacji. W rzeczywistości przedmiotowej omyłce nie można przypisywać znamion celowości jej popełnienia, jako że ocena taka wskazywałaby na zupełną nieracjonalność zachowań profesjonalnego wykonawcy. W ocenie Izby zatem rzeczywistą i jedyną wolą Odwołującego było zaoferowanie w kryterium „Dyspozycyjność” 5 wizyt w tygodniu jako wielkości minimalnej, a takie rozumienie oświadczenia wykonawcy znajduje podstawę w zasadach wykładni w art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, mającego zastosowanie na mocy art. 14 ustawy pzp.

W świetle powyższego Izba uznała, że czynność odrzucenia oferty odwołującego nastąpiła z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez jego zastosowanie i naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp przez zaniechanie jego zastosowania.

Tym samym zamawiający nie miał podstaw odrzucenia oferty, która zawierała omyłki podlegające poprawieniu.

Z uwagi na powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 2 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 2018 r., poz.972).

Przewodniczący: