

WYROK

z dnia 12 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2015 r. przez wykonawcę

**A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą
Zespół Projektowo-Inwestycyjny Kontrapunkt V-projekt A. M.
ul. Zabłocie 39, 30-701 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Szpital Specjalistyczny im. F. Ceynowy Sp. z o.o.
ul. dra A. Jagalskiego 10, 84-200 Wejherowo**

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Szpitalowi Specjalistycznemu im. F. Ceynowy Sp. z o.o.: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, unieważnienie czynności odrzucenia oferty A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zespół Projektowo-Inwestycyjny Kontrapunkt V-projekt A. M. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zespół Projektowo-Inwestycyjny Kontrapunkt V-projekt A. M.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Szpital Specjalistyczny im. F. Ceynowy Sp. z o.o. i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zespół Projektowo-Inwestycyjny Kontrapunkt V-projekt A. M. tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Szpitala Specjalistycznego im. F. Ceynowy Sp. z o.o. na rzecz A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zespół Projektowo-Inwestycyjny Kontrapunkt V-projekt A. M. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Specjalistyczny im. F. Ceynowy Sp. z o.o. w Wejherowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie dokumentacji projektowej niezbędnej dla realizacji inwestycji – budowy bloku operacyjnego szpitala specjalistycznego im. F. Ceynowy Sp. z o.o. w Wejherowie wraz z jego kompleksowym wyposażeniem” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 12 grudnia 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 240-422393.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zespół Projektowo-Inwestycyjny Kontrapunkt V-projekt . M. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia w odniesieniu do etapu I, II, III i IV nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co uzasadnia jej odrzucenie, podczas gdy z treści oferty wynika, że wykonawca zobowiązał się do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób kompletny i całościowy m.in. zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, która w punkcie IV „Termin wykonania zamówienia” przewidywała zobowiązanie do wykonania zamówienia w terminie 48 miesięcy od dnia podpisania umowy, zaś realizację etapów I-IV w terminie do 9 miesięcy od dnia podpisania umowy,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na jej rzekomą niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia w odniesieniu do etapu I, II, III i IV w sytuacji, w której termin realizacji tej części zamówienia stanowił kryterium oceny ofert ważące 5% (pkt XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia) pozostające w okolicznościach niniejszego postępowania bez wpływu na wynik postępowania, ponieważ czynność badania i oceny ofert powinna w każdym przypadku prowadzić do uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą, a w efekcie do jej wyboru,

3. alternatywnie – art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia innej niż oczywiste omyłki pisarskie lub rachunkowe omyłki

polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, która nie powodowałaby istotnych zmian w treści oferty,

4. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że oferta odwołującego przewidywała cenę wykonania przedmiotu zamówienia niższą od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i jednocześnie nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ani na żadnej innej podstawie wynikającej z przepisów ustawy

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. nakazanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. alternatywnie, nakazanie dokonania poprawy omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
5. przyznanie kosztów postępowania odwoławczego.

II Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

III Ustalenia Izby co do zarzutów

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadniając to tym, że wykonawcy zobowiązani byli skreślić w formularzu oferty te terminy, których nie oferowali, pozostawiając niezakreślony oferowany termin realizacji. Zaoferowany termin realizacji zamawiający zamierzał ocenić zgodnie z zasadami określonymi w rozdziale XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyznając odpowiednią punktację w odniesieniu do rangi kryterium. Zatem termin realizacji nie był tylko istotnym elementem przedmiotu zamówienia, mającym wpływ na treść ewentualnej umowy i sposób realizacji zamówienia, ale też elementem oświadczenia woli wykonawcy, mogącym mieć wpływ na udzielenie mu zamówienia.

Nie określając terminu realizacji wykonawca doprowadził do sytuacji, w której zamawiający nie jest w stanie w sposób obiektywny ocenić oferty wykonawcy ani dokonać poprawienia omyłki, gdyż zaoferowany termin realizacji zamówienia nie wynika z żadnego innego dokumentu w ofercie. Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień jest niedopuszczalne, bowiem mogłoby doprowadzić do niezgodnej z ustawą zmiany treści oferty po dokonaniu czynności otwarcia wszystkich ofert i być potraktowane jako niedopuszczalne prawem negocjacje co do jej treści (art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), hipotetycznie mogące mieć istotny wpływ na ostateczną ocenę oferty w świetle wyznaczonych kryteriów. Przeoczenie tej pozycji w treści oferty stanowiącej o treści oświadczenia woli wykonawcy nie kwalifikuje się ani do wyjaśnienia, ani do poprawienia tego elementu w trybie art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, że wszystkie pozostałe oferty przewyższają kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający ustalił termin wykonania zamówienia na 48 miesięcy od dnia podpisania umowy, przy czym etapy I-IV mają zostać zrealizowane w terminie do 9 miesięcy od dnia podpisania umowy (rozdział IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

W rozdziale XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisującym kryteria oceny ofert zamawiający przewidział dwa kryteria: cena brutto z wagą 95% oraz termin realizacji etapów I-IV z wagą 5%.

W odniesieniu do kryterium terminu realizacji etapów I-IV zamawiający przewidział następujące możliwości wyboru terminu oraz punktację: 3 punkty za termin wynoszący 7 miesięcy, 2 punkty za termin wynoszący 8 miesięcy oraz 1 punkt za termin wynoszący 9 miesięcy.

Zamawiający wskazał też, że termin realizacji będzie liczony w pełnych miesiącach, a warunkiem bezwzględnym jest termin maksymalny 9 miesięcy. Jednocześnie zamawiający nie dopuścił terminu krótszego niż 7 miesięcy wskazując, że oferta wykonawcy, który zaoferuje termin wykonania krótszy niż 7 miesięcy i dłuższy niż 9 miesięcy zostanie odrzucona.

Zamawiający sporządził też wzór formularza oferty, w którym zawarł punkt 3. o treści: „Gwarantujemy termin realizacji przedmiotu Umowy w zakresie Etapu I, II, III, IV 7^{*)} / 8^{*)} / 9^{*)} miesięcy od dnia podpisania umowy (^{*)} niepotrzebne skreślić”.

W ofercie odwołującego termin realizacji etapów I-IV pozostał nieskreślony (niezaznaczony w inny sposób), zatem zamawiający uznał, że odwołujący nie przedstawił żadnej propozycji w tym zakresie.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przewidział procedury postępowania na wypadek, gdyby zaszła sytuacja, w której wykonawca nie zaznaczył żadnej z opcji.

Z praktycznego i formalnego punktu widzenia jest to istotna luka co do opisu sposobu oceny ofert, której zamawiający powinien na przyszłość unikać wskazując, jakie będą konsekwencje takiego braku. Pozwoli to zamawiającemu uniknąć sytuacji spornych w zakresie, co do którego nie ustalono jeszcze ani praktyki, ani orzecznictwa.

Ominięcie w treści oferty informacji istotnych dla oceny oferty co do zasady stanowi poważną jej wadę i prowadzi do niemożliwości jej oceny. Z takiego też założenia wyszedł zamawiający odrzucając ofertę.

Jednak w pewnych okolicznościach, takich jak w niniejszym stanie faktycznym, można przyjąć pewne metody działania, które – pomimo takiego braku – umożliwią ocenę oferty przy wykorzystaniu zasad interpretacji oświadczenia woli oraz zasad logiki. Biorąc pod uwagę jasno i dokładnie określonych wymogach czy parametrach minimalnych/maksymalnych ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert, może okazać się, że taką lukę da się w sposób obiektywny uzupełnić, a zamawiający, zamiast odrzucić ofertę wykonawcy, który zapomniał wypełnić w danym zakresie formularz, będzie mógł przyznać mu minimalną liczbę punktów w tym kryterium (tzn. najczęściej 0 punktów). Jasne jest bowiem, że wykonawca składając ofertę jednocześnie godzi się na spełnienie bezwzględnych wymagań zamawiającego – inaczej składanie oferty nie miałoby sensu. Można więc uznać, tak jak czyniono to dotychczas w innych podobnych przypadkach, że wykonawca zaoferował spełnienie wymogów (parametrów) minimalnych.

W niniejszym postępowaniu zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia maksymalny i minimalny termin realizacji zamówienia, jaki mógł zaoferować wykonawca; do tego jedynie w postaci trzech opcji: 7, 8 lub 9 miesięcy. Jednocześnie wymóg wykonania umowy w zakresie etapów I-IV w terminie 9 miesięcy był wymogiem bezwzględnym, którego wykonawca nie mógł zmienić i w przypadku, gdyby nawet w formularzu oferty nie było takiego zapisu, oczywiście by było, że składając ofertę wykonawca zgadza się na zawarcie umowy na warunkach określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli na wykonanie jej

w ciągu 48 miesięcy, a etapów I-IV w ciągu 9 miesięcy (oczywiście przy założeniu braku innych oświadczeń w ofercie).

Nie zmienia tego fakt, że termin realizacji stanowi kryterium oceny ofert, gdyż wykonawca wciąż jest zobowiązany wykonać zamówienie w bezwzględnie określonym terminie odpowiednio 48 miesięcy i 9 miesięcy. Tym samym należy uznać, że decydując się na złożenie oferty wykonawca zgodził się na wyznaczony termin 48 miesięcy i 9 miesięcy i taki termin wykonania zamówienia zaoferował – zwłaszcza że nie zaoferował innego.

Zatem zamawiający może przyjąć, iż należy ocenić termin 9 miesięcy i tym samym przyznać wykonawcy 1 punkt (ma on takie znaczenie jak 0 punktów, gdyż zamawiający nie przewidział niższej liczby punktów niż 1).

Z drugiej strony zamawiający nie może przyznać wykonawcy 2 lub 3 punktów, gdyż ani nie ma ku temu żadnych podstaw (wykonawca nie zadeklarował wyżej punktowanego terminu), ani nie byłoby to stosowne wobec ofert innych wykonawców, gdyż w oczywisty sposób stanowiłoby naruszenie uczciwej konkurencji. Wykonawca nie może bowiem otrzymać w ramach tego kryterium oceny ofert większej liczby punktów (tak, jakby zaoferował lepsze niż minimalne parametry – tu: innych niż najdłuższy możliwy termin), gdyż to rzeczywiście dawałoby mu uprzywilejowane stanowisko wobec innych wykonawców i mogłoby skłaniać wykonawców do prób manipulowania wynikiem oceny. Czego nie ma w przypadku, gdy wykonawca otrzyma najniższą możliwą liczbę punktów, gdyż w tym wypadku celowy brak wyboru jednej z opcji terminów wykonania zamówienia nie przyniósłby mu żadnej korzyści.

Tak więc minimalna liczba punktów w żaden sposób nie uprzywilejowuje wykonawcy w stosunku do konkurentów, a jeśli nawet otrzymałby on mniejszą ilość punktów niż potencjalnie mógłby uzyskać, to wynika to wyłącznie z jego winy i tym samym nie daje podstaw do domagania się przez niego większej liczby punktów.

Tym samym, zdaniem Izby, zaistniała wada oferty nie jest wadą nieusuwalną, a sama oferta może zostać oceniona na 1 punkt.

Przy tym do zamawiającego należy decyzja, czy wystarczy mu wskazanie uzasadnienia tej metody w uzasadnieniu oceny oferty, czy też postanowi poprawić zaistniały brak w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (jakkolwiek zdaniem Izby pierwsza opcja wydaje się lepsza).

Co do samej istotności omyłki – po pierwsze ma zastosowanie powyższa argumentacja dotycząca bezwzględnego 9-miesięcznego terminu wykonania zamówienia i niemożliwości wskazani opcji 7 i 8 miesięcy. Po drugie to, że zamawiający uznaje termin wykonania etapów I-IV za istotny, nie zmienia faktu, iż zezwolił wykonawcom na wybór opcji 7, 8 lub 9 miesięcy, zatem samo wykonanie w ciągu 7, 8 czy 9 miesięcy nie było już tak istotne, by krótszy termin miał stanowić wymóg bezwzględny. Nie ma także znaczenia, czy w deklaracji wykonania przedmiotu zamówienia użyto sformułowania „oświadczam, że wykonam”, „oferuję

wykonanie”, „deklaruję wykonanie” itd. , czy też „gwarantuję”, gdyż wszystkie mają takie sam skutek faktyczny.

W ramach podsumowania warto jednak jeszcze raz podkreślić, że najlepszą opcją jest, aby zamawiający już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisał sposób oceny ofert w przypadku ich wad w zakresie wymaganych deklaracji co do parametrów i wymogów podlegających ocenie (np.: „W przypadku, gdy wykonawca nie wskaże w ofercie żadnej opcji, zamawiający uzna, iż wykonawca zadeklarował termin wykonania zamówienia 9 miesięcy”).

Należy też zauważyć, że zamawiający nie mógłby zastosować wyżej opisanej metody, gdyby wykonawca wskazał na termin wykonania krótszy niż 7 miesięcy i dłuższy niż 9 miesięcy, gdyż w rozdziale XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczącym sposobu oceny ofert, wyraźnie wskazał, że w takim wypadku ofertę odrzuci, zatem zmiana tej metody (konsekwencji zaoferowania danego terminu) byłaby niezgodna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i godziłaby w przejrzystość postępowania, a tym samym i w uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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).

Przewodniczący: