

Sygn. akt: KIO 1907/16

WYROK

z dnia 26 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 24 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **KARPAT-BUD Sp. z o.o., Best Construction Sp. z o.o., Rogoźnica 305, 36-060 Głogów Małopolski**

w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnika Rzeszowska im. Ignacego Łukasiewicza, Al. Powstańców Warszawy 12, 35-959 Rzeszów**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **KARPAT-BUD Sp. z o.o., Best Construction Sp. z o.o., Rogoźnica 305, 36-060 Głogów Małopolski** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **KARPAT-BUD Sp. z o.o., Best Construction Sp. z o.o., Rogoźnica 305, 36-060 Głogów Małopolski** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) 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: Politechnika Rzeszowska w Rzeszowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Rozbudowa budynku S dla Wydziału Zarządzania Politechniki Rzeszowskiej - budowa Centrum Logistyki”. Znak postępowania: NA/P/231/2016. wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Odwołujący: KARPAT-BUD Sp. z o.o. Rogoźnica 305, 36-060 Głogów Małopolski działający w imieniu Konsorcjum: Karpat-Bud sp. z o.o. i Best Construction sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący otrzymał 28 września 2016r. Następnie w dniu 5.10.2016r., Odwołujący otrzymał powiadomienie o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty i o ponownej ocenie i wyborze najkorzystniejszej oferty oraz szczegółowe uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego. W związku z tym odwołanie jest wnoszone w terminie przewidzianym art. 182 ust 1 pkt 2 PZP.

Odwołanie dotyczy odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania przede wszystkim w związku z bezpodstawnym żądaniem, pod pozorem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, dokumentów niewymaganych ogłoszeniem o zamówieniu ani specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania zmiany treści oferty uznanej za najkorzystniejszą po nieuprawnionym odrzuceniu oferty Odwołującego ewentualnie zaniechania poprawienia innej omyłki w przekazanych wyjaśnieniach Odwołującego.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy pzp: art. 7 ust. 1 i 2, art. 90 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2, oraz art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3, art. 87 ust. 1 i 2 pkt. 3) a także art. 26 ust. 3 i art. ?, a mianowicie:

- a) art. 7 ust. 1 oraz art. 26 na skutek odrzucenie oferty wobec przedłożenia wadliwych w ocenie Zamawiającego dokumentów, których Zamawiający zgodnie z SIWZ nie wymagał,
- b) art. 7 ust. 1 oraz art. 90 P przez wykorzystania instytucji wyjaśnienia rażąco niskiej ceny celem uzyskania wyjaśnień oferentów, kiedy oferowane ceny nie budziły wątpliwości, a Zamawiający dążył do uzyskania innych wyjaśnień między innymi dokumentów nie wskazanych ani w ogłoszeniu ani specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- c) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz subiektywną ocenę oferty Odwołującego bez uwzględnienia składanych oświadczeń i wyjaśnień;

- d) art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 przez odrzucenie oferty Odwołującego, na skutek, czego została wybrana oferta, która faktycznie nie jest ofertą najkorzystniejszą;
- e) art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust 2 pkt 3 przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż zachodziły przesłanki do zastosowania procedury naprawczej w postaci poprawienia innej omyłki o nieistotnym charakterze;
- f) art. 7 ust 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 przez nieodrzućenie oferty wykonawcy, kiedy oferta ta nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- g) art. 7 ust 1 oraz art. 87 ust. 1 PZP poprzez dopuszczenie do zmiany treści oferty uznanej za najkorzystniejszą po odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,
- 4) ewentualnego dokonania czynności poprawienia innej pomyłki w ofercie Odwołującego przed dokonaniem wyboru oferty,
- 5) dokonania ponownego wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej

Uzasadnienie

I. Skrócony opis postępowania

Zgodnie z pkt. II SIWZ podstawą opracowania oferty miały być projekty wykonawcze, przy czym Zamawiający stwierdził, że załączone przedmiary stanowią materiał pomocniczy. W treści SIWZ Zamawiający określił żądane dokumenty, przy czym Zamawiający nie domagał się przedłożenie kart katalogowych ani innych dokumentów dotyczących oferowanych urządzeń. Zamawiający w Dokumentacji Projektowej wskazał nazwy producentów większości materiałów/urządzeń z zastrzeżeniem, że Wykonawca ma możliwość do wykonania przedmiotu zamówienia stosując urządzenia/materiały równoważne - posiadające parametry techniczne nie gorsze niż w dokumentacji, stosowny zapis został umieszczony w pkt. IV SIWZ:

„IV. 1. Stosowanie materiałów równoważnych.

- Jeżeli w jakimkolwiek miejscu w dokumentacji zostały wskazane nazwy producenta, nazwy własne, znaki towarowe, patenty lub pochodzenie materiałów czy urządzeń służących do wykonania niniejszego zamówienia - wszędzie tam Zamawiający dodaje wyrazy "lub równoważne".
- Do materiałów i urządzeń wskazanych w dokumentacji, dla których są wskazane nazwy producenta, nazwy własne, znaki towarowe, patenty lub pochodzenie można

stosować materiały i urządzenia równoważne pod względem parametrów technicznych, jakościowych, funkcjonalnych oraz użytkowych. Przewidziane do zastosowania urządzenia i materiały powinny spełniać parametry określone w dokumentacji projektowej i nie powinny być gorsze od założeń projektowych.

- Stosownie do art. 30 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wykonawca powołujący się na zastosowanie materiałów równoważnych winien wykazać, iż spełniają one wymogi zamawiającego w szczególności poprzez udokumentowanie załączonymi do oferty informacjami na temat parametrów techniczno-wytrzymałościowych, szczegółowych rysunków technicznych, atestów, aprobat, deklaracji zgodności, kartami katalogowymi urządzeń i materiałów zamiennych. Niniejsze dokumenty muszą w sposób jednoznaczny stwierdzać równoważność proponowanych materiałów i urządzeń w stosunku do przyjętych w projekcie.

Dokumenty potwierdzające spełnienie wymogów określonych niniejszą specyfikacją należy załączyć do oferty przetargowej.

Zamawiający zastrzega sobie prawo do oceny równoważności proponowanych materiałów lub urządzeń. Zamawiający zastrzega sobie także prawo do korzystania w tym względzie z opinii ekspertów. "

Z uwagi na deklarację wykonania obiektu zgodnie z dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną, oferenci nie przedkładali ww. dokumentów.

W dniu 2.09.2016 r. Odwołujący złożył ofertę na „Rozbudowę budynku S dla Wydziału Zarządzania Politechniki Rzeszowskiej - budowa Centrum Logistyki”.

W złożonej ofercie „pkt. 15. W ofercie zastosowano materiały lub urządzenia równoważne”, wykonawca zadeklarował, że przedmiot zamówienia nie zostanie wykonany z materiałów i urządzeń równoważnych. Podobnej treści oświadczenie złożyli pozostali oferenci biorący udział w przetargu na wykonanie ww. zadania (w załączeniu formularze ofertowe).

Wszyscy oferenci złożyli oświadczenia, iż ich oferta jest zgodna z SIWZ, żaden z oferentów nie wskazał, aby przedmiotem oferty było urządzenie lub materiał równoważny.

W dniu 15.09.2016r. Zamawiający drogą e-mailową wezwał oferentów do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny w terminie do 21.09.2016r. w trybie zgodnym z art. 90 ust. 1 PZP. Oferenci zostali wezwani do złożenia dowodów, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny tj. kart katalogowych wybranych zaoferowanych urządzeń i systemów będących przedmiotem zamówienia. Zgodnie z przedmiotowym wezwaniem Odwołujący został zobowiązany do złożenia kart katalogowych wybranych zaoferowanych urządzeń i systemów będących przedmiotem zamówienia. Lista materiałów wymagające uzupełnienia to:

- Lista materiałów zawierające nazwę materiału - urządzenia/systemu
- Producent
- Cena jednostkowa zł/szt. (kpl.)

Urządzenia/systemy, co do których to Zamawiający zaważwał do ww. wyjaśnień to:

- o Oprawy oświetleniowe
- o Elementy sieci LAN
- o Elementy Systemu SAP
- o Elementy Systemu BMS
- o Centrala tel. wraz z aparatami tel.
- o System wideo domofonowy
- o System monitoringu CCTV
- o Elementy Systemu KD
- o Elementy Systemu ŚWIN
- o Integracji systemów bezpieczeństwa
- o Elementy Systemu AV
- o Szyb windy z windą
- o Elementy okładzin elewacyjnych

Termin, w którym należało przedłożyć wyjaśnienia to 21.09.2016r.

W odpowiedzi przesłanej drogą mailową w dniu 20.09.2016r. Wykonawca poinformował Zamawiającego na podstawie art. 181 ust. 1 PZP o niezgodnej z przepisami Ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego. Wykonawca zaznaczył, że dokonana czynność - wezwanie w trybie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ma charakter pozorny, bowiem różnicę między poszczególnymi ofertami charakteryzowały się stosunkowo niewielką cyfrą. Wykonawca zastrzegł jednocześnie, że żądanie to nie może być brane pod uwagę przy rozstrzygnięciu przetargu, gdyż jest niezgodne z zapisami Specyfikacji. Warto zwrócić uwagę, iż Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień także wykonawców, którzy zaproponowali cenę wyższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług,

Wykonawca z daleko idącej ostrożności udzielił w dniu 21.09.2016r. oczekiwanych przez Zamawiającego wyjaśnień.

W dniu 28 września 2016r. Odwołujący (Konsorcjum) otrzymał informację o wyborze oferty Karpat-Bud sp. z o.o. - Best Construction sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu.

Sporządzając kosztorys szczegółowy, który miał być załącznikiem do umowy, jaka miała być zawarta w wyniku opisanego postępowania Konsorcjum otrzymało zestawienie materiałów i urządzeń od swoich poddostawców i podwykonawców. Przy sporządzaniu powyższego załącznika został wykryty błąd w załączonych w ramach wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej

ceny przekazanych przez Odwołującego. Niezwłocznie (to jest 4 października 2016r.) poinformowano Zamawiającego, iż nastąpiła omyłka przy kompletowaniu kart katalogowych do wyjaśnień z dnia 21.09.2016r. W ramach wyjaśnień Konsorcjum przekazało Zamawiającemu prawidłową kartę katalogową (chodziło o pomyłkę w modelu projektora firmy Epson). Dodatkowo poinformowano, iż dana pomyłka nie ma żadnego wpływu na zaoferowaną cenę, która pozostaje bez zmian.

W dniu 5 października 2016r. Odwołujący powziął informację o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze oferty spółki Skanska S.A. w Warszawie. Spółka Skanska S.A. w złożonej ofercie oświadczyła, że nie przewidziała stosowania materiałów równoważnych (dokumentacja projektowa przewidziała projektor firmy Epson) zaś w wyjaśnieniach niskiej ceny w miejsce przewidzianego projektora firmy Epson zaoferowała projektor firmy NEC.

II. Interes prawny

Kryteriami oceny ofert określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz były cena i okres gwarancji i rękojmi. W kryterium „okres gwarancji i rękojmi” maksymalną liczbę punktów mogła uzyskać oferta wykonawcy, który udzieli gwarancji i rękojmi na okres 7 lat. Odwołujący zaoferował okres gwarancji i rękojmi na okres 7 lat tzn. w kryterium „okres gwarancji i rękojmi” otrzymałby maksymalną liczbę punktów. Oferta odwołującego zawiera najniższą cenę spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, co oznacza, że gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona otrzymałaby największą ilość punktów i zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą.

III. Okoliczności uzasadniające odwołanie

1. Gdyby nawet uznać, że Zamawiający miał prawo żądać kart katalogowych urządzeń wbrew zapisom SIWZ i na ich podstawie dokonywać ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty to przyczyna, dla której Wykonawca został wykluczony dotyczy stosunkowo niedużego elementu przedmiotu Umowy. W ocenie Konsorcjum jedynie oferta Odwołującego spełnia wymogi SIWZ a pozostali oferenci (w tym wybrany Oferent, Skanska S.A.) zastosowali urządzenia równoważne, bez wskazania tego faktu w pierwotnie złożonej ofercie, co jest wprost niezgodne z warunkami SIWZ i prowadzi do konieczności odrzucenia ofert, w tym oferty Skanska S.A., która została wybrana.

Niezgodność dotyczy projektorów, które miały być zamontowane w pomieszczeniach Politechniki, a których łączna wartość wynosi ok. 150.000,-zł, czyli mniej niż 1,5 % wartości przedmiotu zamówienia. Warunki przedstawione przez poszczególnych oferentów, co do przedmiotowego elementu wyglądały następująco:

Oferenci biorący udział w przetargu złożyli wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wskazane w zestawieniu tabelarycznym

Jak z zestawienia wynika zgodnie z dokumentacją projektową przedmiotem dostawy winno być urządzenie marki Epson, laserowe o jasności 5.000 ANSI i rozdzielczości full HD. Jedynie oferta Odwołującego się spełnia te kryteria, a nawet przewiduje wyższy o 1000 ANSI lumenów parametr urządzeń. Oferowane przez Konsorcjum urządzenie jest znacznie lepsze, oferuje lepszą jasność i jest droższe od urządzenia NEC wskazanego (niezgodnie z dokumentacją projektową) przez SKANSKA S.A. i ERBUD S.A.

2. W ocenie Konsorcjum podjęte przez Zamawiającego działania również z innych przyczyn naruszały obowiązujące przepisy oraz naruszały zasadę równego traktowania oferentów.

Opis sposobu przygotowania ofert stanowi pkt 12 SIWZ.

W przypadku stosowania, zgodnie z oświadczeniem każdego Oferenta, urządzeń zgodnych z dokumentacją z żadnego zapisu SIWZ opracowanej przez Zamawiającego nie wynikał obowiązek dołączenia do oferty opisu tego, co wykonawcy oferują, co oznacza, że wykonawcy nie zostali zobowiązani do przedstawienia w ofercie dokumentów lub oświadczeń, z których miała wynikać możliwość porównania zakresu oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Treść SIWZ, w pewnym zakresie, mogła umożliwić Zamawiającemu weryfikację zakresu oferty na podstawie zał. nr 1 do SIWZ Formularz Oferty.

Załącznik ten jednak, jak wskazuje sama jego nazwa, to wyliczenie ceny, swego rodzaju kosztorys, nie zaś opis przedmiotu oferty.

Zamawiający nie domagał się przedstawienia specyfikacji i kart katalogowych urządzeń na etapie sporządzania oferty. SIWZ ani ogłoszenie o zamówieniu nie zawierały takiego wymogu. Warto zwrócić uwagę, że przepisy PZP dają wykonawcom dwie szanse na złożenie dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zgodnie ze stanem prawnym, w jakim jest prowadzone postępowanie, wraz z ofertą oraz w wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 PZP.

Wezwanie z dnia 21 września 2016r. dotyczyło wyłącznie kryterium rażąco niskiej ceny. Oferenci przedłożyli żądane dokumenty, ale podkreślono wadliwy tryb zastosowany przez Zamawiającego (Odwołujący pismem przesłanym, za pośrednictwem wiadomości e-mail, w dniu 20 września 2016 r. poinformował Zamawiającego, na podstawie art. 181 ust. 1 PZP, o niezgodnej z przepisami PZP czynności podjętej przez Zamawiającego). Odwołujący przedstawił wyliczenie dotyczące ceny i w tym zakresie te wyjaśnienia nie budzą żadnych wątpliwości. Zatem wykonano żądanie Zamawiającego a dalsze dokumenty nie powinny być przedmiotem badania. Natomiast odrzucenie oferty na podstawie rzekomych wad dokumentów (tak jak powyżej zaznaczono, dokumenty przedstawione przez Konsorcjum były prawidłowe), które nie były żądane w SIWZ stanowi naruszenie zasad zamówień

publicznych. Takie działanie nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty (tak KIO 1748/11).

3. W przypadku ewentualnego uznania, że Zamawiający upoważniony był w trybie badania przesłanki rażąco niskiej ceny żądać a następnie weryfikować przedstawione karty katalogowe postępowanie nadal pozostaje wadliwe, bowiem Zamawiający zaniechał czynności wymaganych zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP.

Doprecyzowanie treści oferty w złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach nie upoważniało Zamawiającego do odrzucenia oferty. Nawet, jeśli uznać, iż Wykonawca dokonał poprawek w treści oferty to w przedmiotowej sytuacji istniały przesłanki do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP. Jak wyżej wskazano rzekoma niezgodność oferty z treścią przedmiotu zamówienia dotyczyła zaledwie 1 pozycji. Odwołujący nie dokonał żadnej modyfikacji w zakresie ceny wskazanego urządzenia, a jedynie sprecyzował ich oznaczenia katalogowe. Powyższe świadczy, iż miała miejsce ewidentna pomyłka. Należy podkreślić, iż Konsorcjum Odwołującego składa się z dwóch przedsiębiorstw budowlanych. W zakresie dostaw sprzętu elektronicznego korzysta ze wsparcia poddostawcy, który faktycznie popełnił błąd i niezwłocznie wysłał do Odwołującego, a ten do Zamawiającego stosowną korektę. Taka fragmentaryczna niezgodność oferowanego przedmiotu specyfikacji nie może być uznana za wynik umyślnego działania wykonawcy. Właśnie dla celów prostowania tego typu drobnych uchybień, które pozostają bez rzeczywistego wpływu na przedmiot zamówienie służy instytucja korekty pomyłki. Przeciwnie rozumienie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP powodowałoby, iż instytucja ta byłaby martwa i iluzoryczna (tak KIO 749/15, KIO 751/15, KIO 757/15, stan faktyczny przedmiotowego orzeczenia był bardzo zbliżony do niniejszego postępowania).

Podobna sytuacja była przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku KIO 674/15). W uzasadnieniu przedmiotowego wyroku zawarto między innymi następujące tezy:

(1) „Sama czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, co nie zapewnia rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

(2) W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, czyli dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a nie powodujących istotnych zmian w treści oferty, z przepisu tego wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiście jest, zatem, że w przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie miała ona istotnego

charakteru. Przy czym ocena tej kwestii jest uzależniona od okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji, co do treści składanej oferty. O istotności takiej zmiany może, zatem decydować zmiana wielkości ceny, zmiana zakresu przedmiotu świadczenia lub oba te czynniki występujące jednocześnie. Może, ale nie musi, gdyż dla oceny istotności wprowadzanych zmian znaczenie ma ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia

(3) Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 PZP nie ogranicza możliwości dokonywania zmian z punktu widzenia tego, czy dotyczą przedmiotowo lub podmiotowo istotnych albo nieistotnych elementów oferty, gdyż granicą dopuszczalności zmian jest to, aby nie prowadziła ona do znaczącej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez wykonawcę.

(4) Rozumienie "innej omyłki" z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie, jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażen lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może nawet wynikać z jego błędnego przekonania, co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może, więc sporządzić ofertę z pełną świadomością, co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią siwz. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP."

Przenosząc powyższe ustalenia na grunt niniejszego postępowania należy stwierdzić, iż nawet w przypadku uznania, iż poprzez złożenie wyjaśnień Odwołujący się dokonał modyfikacji oferty nie istniały podstawy do odrzucenia oferty Karpat-Bud sp. z o.o. - Best Construction sp. z o.o. Zamawiający odrzucił ofertę bez dostatecznego uzasadnienia, nie rozważono nawet czy ewentualna poprawka ma charakter istotny, czy prowadzi do istotnej, o ile w ogóle, zmiany w zakresie i sposobie realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący już w pierwszych złożonych wyjaśnieniach deklarował spełnienia wszystkich warunków oferty oraz stałą, ryczałtową cenę. W ocenie Odwołującego się, jeśli Zamawiający uważał złożoną kartę katalogową za niepoprawną winien, zgodnie z art. 26 ust. 3 PZP wezwać oferenta do wyjaśnień. Tym bardziej zasada ta stosuje się, jeśli oferent z własnej inicjatywy dokonał poprawki w przedłożonych dokumentach.

Natomiast, bez żadnych wątpliwości, dokonana czynność Zamawiającego uchybia zasadom Prawa Zamówień Publicznych, prowadzi, bowiem do zwiększenia wydatkowania środków publicznych na realizację przedmiotu zamówienia, i to bez racjonalnego uzasadnienia. Kolejna, wybrana oferta opiewa na kwotę wyższą, przez co Zamawiający naraża się bezpośrednio na zarzut złamania dyscypliny finansów publicznych.

4. Równocześnie, podjęte przez Zamawiającego działania prowadzą do naruszenia zasady równości oferentów. Nie sposób zrozumieć, dlaczego rygorystyczne zasady odnoszą się wyłącznie do Konsorcjum, które przez cały czas oferuje tę samą cenę ryczałtową i deklaruje spełnienie wszystkich warunków określonych w dokumentacji projektowej, natomiast dopuszcza się inne oferty, które są sprzeczne z wymogami dokumentacji projektowej. Zamawiający albo winien stosować takie same rygorystyczne zasady w stosunku do wszystkich oferentów albo kierując się kryteriami wskazanymi w SIWZ dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, którą zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami jest oferta Konsorcjum. Jeśli wszyscy oferenci złożyli karty katalogowe to powinny one zostać poddane jednolitej ocenie. Skoro oferent, który został ostatecznie wybrany nie zgłaszał wymaganego na etapie składania oferty zastosowania urządzenia równoważnego to przedstawienie takiego urządzenia stanowi modyfikację (zmianę) oferty i prowadzi do jej odrzucenia. Tymczasem Zamawiający umożliwił wbrew postanowieniom art. 87 ust. 1 PZP na zmianę treści oferty spółki Skanska S.A., która w miejsce wymaganego dokumentacją projektora firmy Epson w świetle wyjaśnień oferuje projektor firmy NEC.

Dokonana czynność prowadzi do zwiększenia wydatkowania środków publicznych na realizację przedmiotu zamówienia, bez racjonalnego uzasadnienia. Uchybia także zasadom uczciwej konkurencji, bowiem nie sposób uznać, iż pomyłka, co do opisu 1 spośród blisko 100 wykazanych w odpowiedzi na wezwanie i spośród tysiąca ofertowanych przez wykonawcę na całą budowę stanowi uzasadnioną przyczynę dla skreślenia Odwołującego się z listy oferentów.

Ważna i niepodlegająca odrzuceniu (jak wskazano wyżej) oferta Odwołującego jest ofertą, realizacja, której pozwoli Zamawiającemu wydatkować mniej środków publicznych o ponad 60 tys. zł. Wybór, niepodlegającej odrzuceniu, oferty Odwołującego spowoduje, że Zamawiający zrealizuje wydatki publiczne w sposób celowy i oszczędny, a właśnie w sposób celowy i oszczędny mogą być ponoszone wydatki publiczne zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 885). Wybór droższej oferty, w przypadku kontroli Prezesa UZP i innych instytucji kontrolujących wydatkowanie pieniędzy publicznych może spowodować konsekwencje wynikające z tej ustawy dla Zamawiającego.

Oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego.

Załączniki: SIWZ (wersja z 22 lipca 2016 r.) z załącznikiem 1, Oferta Odwołującego z dnia 02.09.2016r., Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28.09.2016r., Wezwanie do wyjaśnień Zamawiającego z dnia 15.09.2016r., Wyjaśnienia Konsorcjum z dnia 20.09.2016r. (przez e-mail), Wyjaśnienia Konsorcjum z dnia 21.09.2016r., Pismo Konsorcjum z dnia 04.10.2016r., Ponowne zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 05.10.2016r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przypomniał, że dnia 28 września 2016 r. dokonał pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty odwołującego, niemniej jednak dnia 5 października 2016 r. unieważnił dokonany wybór i dokonał ponownej oceny ofert wybierając ofertę SKANSKA S.A. oraz odrzucając ofertę odwołującego ze wskazaniem, że parametry zaoferowanego projektora EB 955 WH nie były zgodne z dokumentacją projektową.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 ustawy wg stanu prawnego obowiązującego dla niniejszego postępowania odwołujący mógł wnieść odwołanie tylko, co do czynności odrzucenia jego oferty, zatem nie powinny być rozpoznawane zarzuty dotyczące czynności, których odwołujący nie mógł zaskarżyć.

Zamawiający przypomniał, że w toku postępowania, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp wezwał wykonawców do złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny. Zamawiający wniósł o złożenie kart katalogowych dla wybranych elementów. Wykonawcy, w tym odwołujący, złożyli wymagane karty katalogowe. Zamawiający pierwotnie wybrał ofertę odwołującego, lecz unieważnił ten wybór ofertę odrzucił z tego powodu, iż w załączonych kartach katalogowych odwołujący zaoferował projektor EPSON EB-955 WH, który nie spełniał postawionych w dokumentacji projektowej wymagań zarówno, co do wymaganej jasności (wymagana 5000 ANSI lumenów, a zaoferowana to 3200 ANSI lumenów) jak i źródła światła (wymagane laserowe źródło światła o żywotności do 2000 h i rozdzielczości Full HD, zaoferowana żarówka – lampa o żywotności do 5000 h).

W tych okolicznościach odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią siwz. Zaznaczył przy tym, że cena projektora zaoferowanego przez odwołującego (EPSON EB-955 WH) wg cen rynkowych wynosiła 3107,63 zł brutto, a cena projektora zgodnego z wymaganiami np. projektora NEC P502 HL wynosiła 18 999 zł.

Przy wymogu zastosowania 6 projektorów, z uwagi na niewielki różnice cen ofertowych (cena odwołującego to 10 110 600 zł, cena SKANSKA to 10 172 100 zł), należało przyjąć, że gdyby odwołujący zaoferował właściwy projektor spełniający wymagania siwz np. NEC P502HL, to jego cena ofertowa za całość przedmiotu zamówienia byłaby wyższa od jego

pierwotnej ceny o 95 348,22 zł i wynosiłaby 10 205 948,22 zł i byłaby droższa od oferty Skanska S.A. o 33 848,22 zł.

W tych okolicznościach tj. niezgodności oferty z siwz twierdzenie odwołującego, że wartość projektorów stanowi jedynie 1,5% wartości przedmiotu zamówienia, jest bez znaczenia.

Zamawiający wskazał dodatkowo, że nie mógł wziąć pod uwagę późniejszych wyjaśnień odwołującego z 4.10.2016 r. o omyłkowym przedstawieniu karty katalogowej innego urządzenia, gdyż stanowiłoby to niezgodną z przepisami modyfikację treści oferty.

Zamawiający stwierdził, że złożone karty katalogowe przełożyły się na zaoferowaną cenę urządzenia. Która byłaby rażąco niska w stosunku do ceny, jaką można było oczekiwać za projektor zgodny z wymaganiami zamawiającego (2 526,35 zł netto a 15 000 zł netto). Ten jeden element cenotwórczy miał wpływ na zwiększenie ceny całej oferty.

Stwierdził, że wszystkie złożone przez wykonawcę dokumenty będą stanowiły treść jego oferty i będą odzwierciedlały to, co wykonawca zamierza wykonać lub dostarczyć zamawiającemu. Pozyskane w wyniku wyjaśnień informacje nie mogły być pominięte przez zamawiającego przy ocenie ofert.

Zamawiający wskazał, że w sytuacji zaoferowania innego urządzenia nie miał podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp i poprawienia oferty; nie była to inna omyłka polegająca nie niezgodności oferty z siwz nie powodująca istotnych zmian w treści oferty.

Ponadto fakt zaoferowania niezgodnego z dokumentacją urządzenia nie rodzi obowiązku wzywania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, gdyż takie wyjaśnienie mogłoby tylko prowadzić istotnej zmiany treści oferty.

Uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli oświadczenia na rozprawie:

Odwołujący stwierdził, że złożył ofertę zgodną z SIWZ. Przypomniął przebieg czynności Zamawiającego, w tym w zakresie wyjaśnień wysokości cen, przeprowadzonych wobec wszystkich Wykonawców. Przyznał, że w toku wyjaśnień popełnił omyłkę, co do jednego elementu załączając niewłaściwą kartę katalogową otrzymaną od Podwykonawcy. Natomiast omyłkę tę sprostował w kolejnym piśmie. Przypomniął, że w ofercie zadeklarował zgodność zaoferowanych urządzeń z wymogami SIWZ, co oznaczało jednocześnie brak wymogu przedkładania odrębnych dokumentów. Stwierdził, że Przystępujący, mimo iż zaoferował urządzenia równoważne (inne niż opisane w dokumentacji projektowej), nie udowodnił tej okoliczności w treści wyjaśnień, w których wskazał projektor NEC. Przypomniął, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a sporny element stanowi marginalną wartość w całości przedmiotu zamówienia. Stwierdza ponadto, że treść wyjaśnień Przystępującego nie była poparta adekwatnymi dowodami; w piśmie przedstawiono cenę

urządzeń niższą od wynikającej z dokumentów źródłowych dostawców (między innymi oprawy oświetleniowe, winda). Przypomniał, że marka projektora Przystępującego była niezgodna z opisem w SIWZ, a równoważność nie została wskazana w ofercie. Podkreślił, że w zaoferowanym i opisanym w kolejnych wyjaśnieniach projektorze niektóre parametry tj. jasność i rozdzielczość są wyższe (lepsze) od wymaganych.

Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w pisemnej odpowiedzi. Wskazał na przedstawione w piśmie ceny projektora opisanego w wyjaśnieniach Odwołującego i różnicę cen w stosunku do oferty Przystępującego. Stwierdził, że zmiana opisu urządzeń zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego oznaczałaby niedozwoloną zmianę treści oferty. Wskazał na zakres rozstrzygnięcia zarzutów w tym postępowaniu.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Zakwestionował zarzuty podniesione w stosunku do jego oferty na rozprawie. Niezależnie od oceny dopuszczalności podnoszenia zarzutów w takim postępowaniu stwierdził, że naruszeniem art. 7 ustawy byłoby uwzględnianie przez Zamawiającego kolejnych wyjaśnień i dokumentów. Stwierdził, że opis wymaganych parametrów dla projektora w dokumentacji był precyzyjny, a znaczenie miało dla Zamawiającego spełnienie tych parametrów, co potwierdził w odpowiedzi na zadane pytanie. Stwierdził, że projektor wskazany przez Odwołującego w pierwszych wyjaśnieniach jak i w kolejnych nie spełnia wymagań. Złożył do akt karty katalogowe obydwu wskazanych projektorów oraz własne zestawienie z porównaniem parametrów. Stwierdził, że drugi z projektorów nie spełnia postawionego parametru rozdzielczości Full HD. Złożył zestawienie cen zaoferowanych projektorów, ze wskazaniem ich wpływu na ceny ofertowe. Złożył zestawienie parametrów projektorów laserowych EPSON. Wskazał na definicję pojęcia rozdzielczości. Stwierdził, że inne niż wymagane parametry (także uznawane za wyższe) mogą mieć negatywny wpływ na funkcjonowanie systemu AV.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięwszy pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia SIWZ, treść oferty przystępującego i wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego, a nadto stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie bowiem do art. 16 ust. 1 tej

ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, w rozumieniu art. 179 ustawy pzp, a tym samym posiada legitymację do wniesienia odwołania spełniając materialno prawną przesłankę wszczęcia postępowania odwoławczego.

Zważywszy na wartość przedmiotu zamówienia i mając na uwadze zakres kognicji Izby określony w art. 180 ust. 2 ustawy pzp, rozpatrzeniu w niniejszym postępowaniu odwoławczym podlega zarzut podniesiony w odwołaniu wobec czynności odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej przez odwołującego.

Niesporne jest, że czynnością z dnia 5 października 2016 r. zamawiający, w wyniku ponowienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp ze stwierdzeniem, że parametry zaoferowanego przez wykonawcę (wykonawców), wskazane w złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach – projektora EB-955 WH - są niezgodne z dokumentacją projektową (jasność, źródło światła, rozdzielczość).

Stwierdzenie o niezgodności parametrów projektora wyżej wskazanego z wymogami – parametrami wymaganymi, jest dla uczestników postępowania niesporne. Jednakże odwołujący podniósł, iż wskutek omyłki wskazał na projektor wyżej określony, zamiast projektora spełniającego wymogi, którego kartę katalogową złożył w kolejnym piśmie wyjaśniającym.

Skład orzekający stwierdza, że wyjaśnienia dotyczące merytorycznej treści oferty w rozpatrywanych okolicznościach faktycznych składają się treść oferty i podlegają tym samym ocenie, co do zgodności z postanowieniami siwz. Należy przypomnieć, że, co do zasady określonej w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy pzp, niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany treści oferty, za wyjątkiem poprawienia omyłek wskazanych w ust. 2 artykułu 87. W okolicznościach rozpatrywanych nie ma wątpliwości, na nawet jeśli wykonawca omyłkowo wskazał urządzenie inne niż zamierzał, to omyłka taka, jako nie spełniająca warunków wskazanego wyżej przepisu, nie mogłaby być poprawiona. Także przy założeniu stosunkowo niewielkiego udziału wartościowego urządzenia (projektorów) w całości przedmiotu zamówienia, zmiana treści oferty w tym zakresie określana w odwołaniu jako pomyłka, byłaby zmianą istotną, a przy tym niemożliwą do dokonania przez zamawiającego na podstawie treści oferty. Tym samym, biorąc pod uwagę, że niedopuszczalna byłaby czynność zmiany treści oferty, bez znaczenia pozostają rozważania, czy kolejno wskazany projektor spełnia warunki postawione przez zamawiającego.

Z uwagi na powyższe odwołanie oddalono.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: