

Sygn. akt KIO 2181/20

WYROK

z dnia 16 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. – P. I WSPÓLNICY sp. j. w Zielonce oraz PKS w Grodzisku Mazowieckim sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, Gminę Otwock i Gminę Wiązowna

przy udziale wykonawcy PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o. w Tarnobrzegu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. – P. I WSPÓLNICY sp. j. w Zielonce oraz PKS w Grodzisku Mazowieckim sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. – P. I WSPÓLNICY sp. j. w Zielonce oraz PKS w Grodzisku Mazowieckim sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, Gmina Otwock i Gmina Wiązowna – prowadzą w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usługi przewozu regularnego w ramach lokalnego transportu zbiorowego łączącego obszar gmin Otwock i Wiązowna. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 317729-2020. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

24 sierpnia 2020 r. zamawiający przesłał informację o wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. – P. I WSPÓLNICY sp. j. w Zielonce oraz PKS w Grodzisku Mazowieckim sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim. Wykluczeni wykonawcy 3 września 2020 r. wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w treści oferty odwołującego, której poprawienie nie wpływałoby ostatecznie na treść oferty i nie stanowiłoby żadnej formy negocjacji jej treści pomiędzy zamawiającym i odwołującym;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez wykluczenie z udziału odwołującego jako wykonawcy, który w wyniku niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, mimo iż odwołujący takich informacji w postępowaniu nie złożył;
3. art. 24 ust. 8 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zastosowania względem odwołującego procedury określonej w tym przepisie, skoro zamawiający uznał, że zachodzi względem odwołującego przesłanka wykluczenia go z postępowania określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego, przeprowadzenie ponownego badania i oceny oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem odwołującego.

Wykonawca PKS Tarnobrzeg Sp. z o.o. w Tarnobrzegu przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania jest świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych funkcjonujących w ramach systemu komunikacji miejskiej łączącego obszar gmin Otwock i Wiązowna z Warszawą, w liczbie 310.500 (+10%/- 10%) wozokilometrów.

Zamawiający wymagał, aby wykonawca w trakcie umowy dysponował, co najmniej 4 (w tym jednym rezerwowym) autobusami spełniającymi wymagania opisane w załączniku nr 1 do SIWZ. Zamawiający ustalił, że pojazdy powinny zostać wyprodukowane w roku 2010 oraz posiadać silnik spełniający normy ekologiczne co najmniej EURO V.

Jednym z kryteriów oceny ofert z wagą 30% była norma emisji spalin. Zamawiający wskazał, że przyzna 7,5 pkt za każdy pojazd spełniający normę emisji spalin EURO VI i 0 pkt za każdy pojazd spełniający normę emisji spalin EURO V.

Załącznikiem do SIWZ był wzór formularza ofertowego. W części A zamawiający wymagał podania liczby pojazdów spełniających wymagania normy EURO VI. W części B formularza zamawiający nakazał wskazanie marki, modelu/typu oraz rok produkcji pojazdów przeznaczonych do wykonania zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę, w której w części A wskazał, że 3 autobusy spełniają wymagania normy EURO VI, zaś w części B wskazał:

- 2 pojazdy marki MAZ, Model/Typ 203
- 1 pojazd marki Iveco, Model/Typ Crossway
- 1 pojazd marki Irisbus, Model/Typ Crossway.

Jako rok produkcji odwołujący podał rok 2010 w odniesieniu do każdego z pojazdów.

10 sierpnia 2020 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający wskazał, że powziął wątpliwość co do spełniania normy emisji spalin EURO VI przez 3 zaoferowane przez odwołującego pojazdy. Zamawiający prosił o potwierdzenie, że usługa będzie świadczona autobusami spełniającymi wymagania normy EURO VI i zażądał dowodów potwierdzających prawdziwość złożonego oświadczenia (np. dokumentacji technicznej), w celu wykazania, że usługi będą świadczone autobusami zgodnymi z deklaracją zawartą w ofercie co do spełniania tej normy.

Pismem z 12 sierpnia 2020 r. odwołujący udzielił wyjaśnień. Oświadczył, że w trakcie wypełniania formularza ofertowego w części B doszło do omyłki, a omyłka ta ma charakter oczywistej omyłki pisarskiej. Omyłka polega na określeniu roku 2010 jako produkcji trzech pojazdów (z pozycji 1,2 i 3, to jest dla dwóch pojazdów MAZ i Iveco), podczas gdy rzeczywistość pojazdy te zostały wyprodukowane odpowiednio w roku 2020, 2017 i 2015. Odwołujący wskazał również, że powstanie omyłki potwierdza fakt, że 3 z 4 wskazanych pojazdów zadeklarowano jako spełniające normą emisji spalin Euro VI, a norma ta była wprowadzona w 2014 r. Jedynie jeden z pojazdów zaoferowanych do świadczenia usługi normy tej nie spełnia i został wyprodukowany w 2010 r. Odwołujący wyjaśnił, że skutek prostych czynności kopiowania treści tabeli, skopiowany został rok produkcji tego ostatniego pojazdu dla wszystkich innych. Zauważył również, że popełniona omyłka pisarska nie spowodowała istotnych zmian w treści oferty, gdyż błędnie podany rok produkcji pojazdów jest zgodny z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Ponadto parametr ten nie podlega punktacji.

Pismem z 24 sierpnia 2020 r. zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zamawiający uznał, że nie ma możliwości poprawienia błędu popełnionego przez odwołującego jako oczywistej omyłki pisarskiej w trybie przewidzianym w art. 87 ust 2 pkt 1) Pzp, gdyż nie ma ona cech kwalifikujących ją jako omyłkę tego rodzaju. Wskazał, że otrzymane wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty jednoznacznie wskazują na sytuację, w której wykonawca wskutek niedbalstwa przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w prowadzonym postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący udzielając wyjaśnień wykazał odmiennosc rzeczywistego stanu rzeczy od zaprezentowanego w oświadczeniu złożonym w ofercie, co uzasadnia przypisanie mu braku należytej staranności lub niedbalstwa. Wywiódł, że należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Jeżeli wykonawca przedstawił w złożonych przez siebie

oświadczeniach informacje pozostające w sprzeczności z faktami i zamawiający zdołał to wykazać, uznać należy, że wykonawca wykazał się co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Oferta odwołującego nie podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie oczywistych omyłek pisarskich popełnionych w ofercie przez wykonawcę. Pojęcie oczywistej omyłki pisarskiej nie posiada definicji ustawowej, jego wykładnia została jednak wypracowana i dobrze ugruntowana w orzecznictwie. Omyłka ma charakter oczywisty, gdy jest widoczna dla każdego, na pierwszy rzut oka. Omyłka taka ma z reguły charakter błędu pisarskiego lub innej niedokładności o charakterze przypadkowym. Ustalenie jej zaistnienia oraz sposób poprawienia nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań lub ustaleń (tak m.in. KIO 2360/16).

Tak nie jest w okolicznościach sprawy. Po pierwsze, dla stwierdzenia omyłki w ofercie odwołującego niezbędne jest porównanie części A i części B formularza ofertowego oraz posiadanie specjalistycznej wiedzy na temat norm dotyczących pojazdów mechanicznych oraz roku wejścia w życie normy EURO VI. Bez specjalistycznej wiedzy, że norma EURO VI weszła w życie w roku 2014, nie jest możliwe nawet zaistnienie przypuszczenia, że odwołujący dopuścił się błędu w swojej ofercie. Po drugie, źródłem wiedzy na temat sposobu poprawienia omyłki byłyby w tym przypadku wyjaśnienia odwołującego, co również stoi w sprzeczności z możliwością przypisania omyłce oczywistego charakteru. Po trzecie, poprawa żądana przez odwołującego doprowadziłaby w istocie do wytworzenia nowego oświadczenia woli i to o charakterze istotnym, dotyczącym kryterium oceny ofert. Tymczasem poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej powinno mieć na celu korektę niezamierzonego zniekształcenia prawidłowo złożonego oświadczenia.

W związku z tym Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Oferta odwołującego nie podlega bowiem poprawieniu na podstawie tego przepisu.

Odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Należy przyznać rację zamawiającemu, że informacje, które przekazał mu odwołujący, mogły mieć istotny wpływ dla decyzji podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Dotyczyły bowiem oceny oferty w punktowanym kryterium pozacenowym i miały znaczenie dla możliwości uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą. Przyznanie ofercie odwołującego 7,5 pkt za trzy z czterech autobusów wskazanych w części B formularza ofertowego spowodowałoby, że odwołujący mógłby uzyskać zamówienie. Izba zgodziła się też z zamawiającym co do braku dochowania przez odwołującego należytej staranności, która powinna cechować uczestnika rynku zamówień publicznych. Formularz ofertowy, zarówno w części A, jak i w części B, nie był skomplikowany i wykonawca nie miał tu wielu danych do podania. Zadaniem wykonawcy było wskazanie czterech dat produkcji autobusów i to ograniczonych do roku, zatem dopuszczając się omyłki w tym zakresie działał niedbale.

Uszło jednak uwagi zamawiającego, że do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp niezbędne jest ziszczenie wszystkich przesłanek zawartych w tym przepisie, a brak wystąpienia chociaż jednej z nich oznacza niedopuszczalność wykluczenia (tak m.in. KIO 836/17, KIO 1058/17, KIO 1257/17, KIO 2320/19, KIO 2517/19, KIO 273/20).

W badanym postępowaniu Zamawiający całkowicie pominął przesłankę wprowadzenia w błąd. Przesłankę tę można uznać za ziszczoną, gdy wykonawca poda zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter cywilnoprawny (por. art. 14 Pzp), zatem w tym zakresie znajdzie zastosowanie pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy m.in. w wyroku II CKN 1095/99. Sąd wywiódł, że pojęcie „prawda„ rozumiane jest jak w języku potocznym jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"). Wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

W okolicznościach sporu brak jest pewności co do tego, czy odwołujący podał zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością. Z jednej strony bowiem odwołujący nie potwierdził w udzielonych wyjaśnieniach, że do wykonania umowy przeznaczy pojazdy spełniające wymagania normy EURO VI, ani też nie złożył zamawiającemu dowodów potwierdzających dysponowanie tymi pojazdami. Żądanie zamawiającego zawarte w wezwaniu do wyjaśnień nie zostało zatem spełnione. Ponadto, jak potwierdził sam odwołujący, możliwe jest, że pojazd o marce i modelu wskazanym w ofercie, nie będzie spełniał wymogów normy EURO VI. Z drugiej jednak strony nie można uznać za niemożliwe popelnienie przez

odwołującego błędu przy przygotowaniu oferty, zwłaszcza wobec oświadczenia odwołującego na rozprawie, że do wykonania innej umowy łączącej go z zamawiającym skierował pojazd zastępczy wyprodukowany w roku 2017. Zamawiający nie zaprzeczył temu oświadczeniu. Izba uznała, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie może opierać się na przypuszczeniach zamawiającego. Czynność ta ma bowiem doniosłe skutki prawne.

Wobec potwierdzenia się zarzutu dotyczącego czynności wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu niewykazania przez zamawiającego podstaw tej czynności badanie możliwości zastosowania art. 24 ust. 8 Pzp jest zbędne. Jedynie dla porządku należy wskazać, że o inicjatywie wykonawcy w wykazaniu zamawiającemu, że podjął w swoim przedsiębiorstwie działania naprawcze, można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca ma wiedzę, w zakresie podstaw swego wykluczenia z postępowania, co w badanej sprawie nie miało miejsca.

Izba uznała, że pomimo naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp odwołanie nie może zostać uwzględnione. Brak możliwości poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp oznacza, że oferta ta nie może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Niezbędna przesłanka uwzględnienia odwołania zawarta w art. 192 ust. 2 Pzp nie została zatem spełniona, gdyż naruszenie, którego dopuścił się zamawiający nie miało i nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Skutkuje to oddaleniem odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: