

Sygn. akt: KIO 73/14

WYROK
z dnia 31 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2014 r. przez Odwołującego – **Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A., ul. Partyzantów 26, 10-526 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Pamar Sp. z o.o., ul. Palisadowa 20/22, 01-940 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonać ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy - Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. z Olsztyna;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego - Banku Gospodarstwa Krajowego w Warszawie na rzecz Odwołującego - Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. w Olsztynie kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przebudowa pomieszczeń i dostosowanie ich do potrzeb Centrum Konferencyjno - Szkoleniowego w budynku Centrali Banku Gospodarstwa Krajowego w Warszawie Al. Jerozolimskie 7”. Wnoszący odwołanie wykonawca - Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. z Olsztyna [Odwołujący] stwierdził, że złożona przez niego oferta, w przypadku jej nie odrzucenia byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert i w konsekwencji uzyskałby on zamówienie. Zatem wykonawca posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a naruszenia przepisów powodują, że Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą oraz spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: (1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego; (2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na nie zastosowanie dyspozycji tego przepisu w przedmiocie zaniechania czynności dokonania poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty; (3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na nie wezwanie Odwołującego do złożenia wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy oraz (4) art. 91 i art. 92 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie wyboru oferty niebędącej najkorzystniejszą na podstawie ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert oraz obowiązujących Zamawiającego norm Pzp; i (5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu w przedmiocie określonym powyżej; a także (6) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na udzielenie zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy. W uzasadnieniu odwołania podał, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z powodu jej niezgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) oraz dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Odwołujący stwierdził, że czynność podjęta przez Zamawiającego, została dokonana z naruszeniem wymienionych przepisów ustawy Pzp. Dalej podał, że Zamawiający uznał, że zaoferowane w Formularzu oferty technicznej, w poz. 7, 15, 68 J, 68 N, urządzenia/materiały nie spełniają wymogów określonych we wzorze Formularza oferty technicznej, stanowiącym załącznik nr 9 do specyfikacji. Powołując się na orzecznictwo KIO oraz orzecznictwo sądowe Odwołujący stwierdził, że "formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na

celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...). Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia. Dalej podał, że Formularz oferty technicznej stanowi tabelę, w której w jednej części zostały wyspecyfikowane przez Zamawiającego urządzenia i wyroby budowlane określone w dokumentacji projektowej, natomiast w drugiej części wykonawcy zobowiązani byli wskazać zaoferowane do realizacji zamówienia urządzenia i wyroby. Jego zdaniem na uwagę zasługuje fakt, że Zamawiający udzielił jedynie bardzo ogólnych wskazówek, określających sposób sporządzenia tabeli: „do wpisania: nazwa, typ oraz parametry oferowanego urządzenia/lub wyrobu budowlanego itp.” Dalej podał, że sporządzając tabelę, w każdym punkcie kopiował szczegółowy opis sporządzony przez Zamawiającego, wszystkie opisy są identyczne. Nieścisłości wynikają z omyłkowego pominięcia:, w poz. 7 - opisu znajdującego się na drugiej stronie tabeli, tj. „wykończenie taflą lustrzaną, okucia chromowane, kasety, schowana na ścianie, wózki dostosowane do obciążenia do 120 kg”; w poz. 15 - opisu znajdującego się na kolejnej stronie tabeli, tj. „podwyższona izolacyjność akustyczna 35 db”; w poz. 68 J - ciągu znaków „Prędkość procesora 404 MIPS”, które spowodowane zostało błędem technicznym (wydruk został „ucięty”), oraz w poz. 70 K wskazana została centralna jednostka sterująca o identycznych parametrach i wykonawca w tej pozycji określił prędkość procesora 404 MIPS; oraz w poz. 68 N - ciągu znaków „TN TFT Proporcja obrazu 5: 4”, które spowodowane zostało błędem technicznym (tekst został „ucięty” wklejoną tabelą). Wykonawca stwierdził także, że Zamawiający dokonując badania i oceny przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, w każdym indywidualnym przypadku, powinien zbadać czy w złożonej ofercie nie została popełniona omyłka możliwa do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie, z którym Zamawiający powinien poprawić w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w braku zgody wykonawcy na ich poprawienie, może ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Podał także, że przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „treść oferty”, dlatego zgodnie z art. 14 ustawy Pzp, należy posłużyć się definicją zawartą w art. 66 § 1 ustawy - Kodeks cywilny. Z brzmienia tego przepisu wynika, iż „ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umów/. Z tego wynika, iż oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka oferta, która w sposób odmienny, niż zostało to ujęte w SIWZ, redaguje istotne postanowienia umowy, wprowadzając jej zmiany. Istotny jest również zamiar wykonawcy, który co do zasady dąży przeciw do złożenia oferty zgodnej z oczekiwaniami Zamawiającego, a zatem niepodlegającej odrzuceniu. Wykonawca

podkreślił, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wskazuje rodzaju omyłek, zatem obejmuje wszelkie niezamierzone, błahie pomyłki, niedopatrzienia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice niebędące świadomym pominięciem określonych w siwz wymogów. Odwołujący stwierdził również, że „Ustawodawca wprowadzając powołany przepis dał prymat obowiązkowi korygowania ofert wykonawców, w granicach określonych przez prawo, na dalszy plan przesuując formalizm postępowania”. Okoliczności przygotowania i złożenia oferty jednoznacznie wskazują, że intencją i zamiarem Odwołującego było złożenie oferty z Formularzem oferty technicznej wypełnionym zgodnie z wolą Zamawiającego, uzewnętrznioną w SIWZ. Odwołujący zamieścił, w formularzu oferty oświadczenie o akceptacji bez zastrzeżeń SIWZ, w tym również zobowiązał się do wykonania zamówienia na warunkach i zasadach tam określonych, a poprawienie wskazanych wyżej omyłek w czterech pozycjach Formularza nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, a jej uzupełnienie, na które pozwala art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Czynność ta doprowadzi do pełnej zgodności treści oferty z SIWZ (taki jest cel tego przepisu), natomiast sama poprawa nie zmieni sposobu realizacji zamówienia. Wykonawca zwrócił również uwagę, że (...) ustawodawca dał Zamawiającemu, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, czego Zamawiający zaniechał”. Zdaniem wykonawcy na uwagę zasługuje również fakt, że Zamawiający zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zażądał od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy usługi lub roboty budowlane wymagań przez niego określonych, tj. Formularza oferty technicznej. Wymóg taki postawił w Ogłoszeniu o zamówieniu, w części III.5), tj. w informacjach o dokumentach potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom. W celu wykazania, że oferowane przez wykonawcę urządzenia odpowiadają określonym parametrom technicznym, Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą wypełnionego Formularza Oferty Technicznej - wg załącznika nr 9 do SIWZ. Wymóg ten powtórzył również w części XII SIWZ. Odwołujący wskazał także, że Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma obowiązek wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożą wymagane oświadczenia i dokumenty zawierające błędy. Podkreślił, że za „niezłożone” uznaje się nie tylko takie dokumenty, których w ogóle nie załączono do oferty, ale i takie, w oparciu o które, zdaniem Zamawiającego, nie sposób ustalić faktu zaoferowania dostaw usług lub robót budowlanych spełniających określone wymagania. Skoro procedurę sanacyjną z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uruchamia się w przypadku, gdy wykonawca w ogóle nie składa wymaganych dokumentów, to tym bardziej należy ją zastosować wobec wykonawcy, który starał się wykazać spełnienie określonych przez Zamawiającego wymagań. W konkluzji Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty, dokonanie, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3, poprawy omyłek w ofercie Odwołującego lub wezwanie do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożonego na potwierdzenie spełniania wymogów określonych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz dokonanie ponownej oceny ofert łącznie z ofertą Odwołującego i ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

W przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wykonawca Pamar sp. z o.o. z Warszawy wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc w szczególności, że (1) Zamawiający nie miał możliwości dokonania oceny oferty Odwołującego, w tym w szczególności oferowanych urządzeń, jeśli nie został przez Wykonawcę wskazany wymagany przez Zamawiającego parametr; (2) niestaranność profesjonalnego wykonawcy w opracowaniu oferty nie może być traktowana, jako inna omyłka, ponieważ nie jest to sprzeczność wewnętrzna oferty tylko brak w zakresie podania wymaganego parametru, który nie jest omyłką i nie może zostać uzupełniony (a niepoprawiony); (3) w treści oferty Odwołującego nie było innego dokumentu do ewentualnego porównania i wyjaśnienia niespójności czy braku pewnych elementów w załączniku w postaci formularza nr 9 (wymaganych parametrów); (4) poprawienie ewidentnych braków, jako omyłek nie mogło nastąpić, gdyż Zamawiający nie miał wiedzy jakie parametry chce zaoferować wykonawca. W tym względzie Zamawiający nie może się domyślać czy domniemywać intencji wykonawcy i w istocie wypełniać za wykonawcę ofertę w pominiętych pozycjach; (5) ewentualne zwrócenie się z zapytaniem wykonawcy, jakie oferuje parametry, stanowiłoby o nierównym traktowaniu wykonawców, albowiem jakiegokolwiek negocjacje, prowadzące do zmiany treści oferty, są zabronione; (6) Zamawiający wbrew treści odwołania nie mógł wezwać Odwołującego do złożenia wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem wadliwa oferta (i załącznik do niej) nie stanowią braku w zakresie oświadczenia ani dokumentu.

Rozpatrując odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła brak podstaw do odrzucenia odwołania w związku z przesłankami określonymi w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, że wykonawca posiadał legitymację procesową o której stanowi art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania, albowiem wykonawca złożył ofertę z ceną

6.149.388,17 zł i uznanie braku podstaw do odrzucenia tej oferty pozwoliłoby temu wykonawcy – wobec przyjętego kryterium wyboru [cena oferty] - uzyskać maksymalną liczbę punktów i tym samym przedmiotowe zamówienie. Zatem wykonawca ma zarówno interes we wnoszeniu odwołania, jak również może ponieść szkodę w związku z brakiem możliwości uzyskania w tym postępowania zamówienia.

Izba stwierdza także, że wartość zamówienia w tym postępowaniu, którego przedmiotem są roboty budowlane nie przekracza kwoty 5 mln euro i wobec tego w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 180 ust.2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz (4) odrzucenia oferty odwołującego.

Czynnością zaskarżoną, w niniejszym odwołaniu jest niezasadne odrzucenie oferty wykonawcy z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a także naruszenie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 26 ust.3 tej ustawy, a ponadto art. 91 i art. 92 ustawy Pzp i art. 7 ust.1 i 3 tej ustawy. Mając zatem na uwadze wskazany art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotem rozpoznania przez Izbę może być wyłącznie kluczowy zarzut odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Tak jak ustaliła Izba, podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający uznał, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz]. W tym przypadku Zamawiający wskazał na niezgodność z Formularzem oferty technicznej, stanowiącym załącznik nr 9 do oferty [według specyfikacji] w zakresie poz. 7 [brak wymaganego wykończenia taflą lustra oraz okuć chromowych], poz. 15 [brak wymaganej izolacyjności], poz. 68 J [brak wymaganych parametrów procesora] oraz poz. 68 N [brak wymaganych proporcji obrazu].

Izba ustaliła także, że wzór Formularza oferty technicznej, zawierał 70 głównych pozycji, w których zawarto dodatkowo rozwinięcie tych pozycji, oznaczając je dużymi literami i w konsekwencji ten formularz zawierał ponad 150 pozycji.

Zamawiający w kolumnie lewej tego Formularza dla urządzeń i wyrobów budowlanych opisał - na podstawie dokumentacji projektowej - parametry techniczne i wymagał jednocześnie

podania - w kolumnie prawej - urządzeń i wyrobów budowlanych przeznaczonych przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia, wskazując przykładowo na ich nazwę, typ oraz parametry oferowanego urządzenia lub wyrobu budowlanego.

Według ustaleń Izby wypełniając kolumnę prawą Formularza wykonawca zastosował dla całej kolumny jednolitą metodę „kopiuj - wklej”. Jednocześnie Izba stwierdziła, stosując wzór tego Formularza, wykonawca zmodyfikował szerokość kolumn tak, że kolumna prawa wymagająca wypełnienia przez Odwołującego była węższa niż kolumna lewa opisująca wymagane parametry według specyfikacji. Konsekwencją tego – zdaniem Izby - był brak uwidocznienia [opuszczenie] w wersji papierowej dokumentu ostatnich wyrazów z kolumny lewej. Potwierdza to chociażby poz. 68J, gdzie pozostały ślady dokonanego wklejenia tekstu, lecz z uwagi na szerokość kolumny niewidoczny został na formularzu w jego wersji papierowej.

Zdaniem Izby, w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający dokonując oceny tej oferty powinien Formularz oferty technicznej zbadać systemowo także w kontekście omyłki pisarskiej, o której stanowi art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając wszystkie pozycje z tego Formularza.

Izba zauważa, że ustawodawca nie precyzuje, co należy rozumieć przez omyłkę pisarską, o której stanowi powołany art. 87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp i dlatego dla oceny danej omyłki należy mieć na uwadze konkretne okoliczności faktyczne.

Uwzględniając w tej mierze dorobek orzecznictwa, w tym sądowego, Izba stwierdza, że za omyłkę pisarską w rozumieniu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać także niezamierzone [wyraźne] opuszczenie w danym dokumencie jednego, a nawet kilku wyrazów. W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, wystąpiła taka okoliczność, albowiem rozstrzygające znaczenie miała przyjęta dla całego dokumentu Formularza - analogicznie jak przez Przystępującego wykonawcę - metoda jednolitego jego wypełniania przy zastosowaniu w każdej z pozycji prawej kolumny metody „kopiuj – wklej.” Tym samym sporne cztery pozycje w Formularzu, w których z powodów technicznych pominięto ostatnie wyrazy z kolumny lewej, podlegają poprawieniu na podstawie wskazanego art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba stwierdza, że Zamawiający w pkt XXII specyfikacji, w celu wykazania, że oferowane przez wykonawcę urządzenia odpowiadają wymaganym parametrom technicznym, żądał złożenia wraz z ofertą omawianego Formularza oferty technicznej. Z

treści zatem tego postanowienia można, zdaniem Izby, bezspornie wywieść, że jest to dokument [oświadczenie], o którym mowa w art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, składany w celu potwierdzenia spełniania [przez oferowane roboty budowlane] wymagań, określonych przez Zamawiającego w tym postępowaniu według załącznika nr 9 do siwz. To oznacza, że także ten dokument [oświadczenie] mógł podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, na co wskazywał w odwołaniu wykonawca lub też wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust.4 ustawy Pzp.

Wobec powyższych ustaleń Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp i skutkiem tego Zamawiający został zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 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. nr 41, poz.238), zgodnie, z którym Izba orzeka w przedmiocie kosztów strony wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

.....