

WYROK
z dnia 27 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Derśław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu i DGP Catering Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy w postępowaniu prowadzonym przez Kliniczny Szpital Wojewódzki Nr 1 im. Fryderyka Chopina w Rzeszowie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service „Company” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa we Wrocławiu, B.K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „F.H.U. MAXLIFT B.K.” w Rzeszowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi kompleksowego sprzątnia obiektów Klinicznego Szpitala Wojewódzkiego Nr 1 im. Fryderyka Chopina w Rzeszowie, w tym poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service „Company” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa we Wrocławiu, B.K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „F.H.U. MAXLIFT B.K.” w Rzeszowie przez wykreślenie w pkt 7 Formularza oferty słowa „niebieski”; oddała odwołanie w pozostałym zakresie;

2. kosztami postępowania obciąża Kliniczny Szpital Wojewódzki Nr 1 im. Fryderyka Chopina w Rzeszowie i:

- 2.1. 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: Derśław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu, DGP Catering Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Klinicznego Szpitala Wojewódzkiego Nr 1 im. Fryderyka Chopina w Rzeszowie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Derśław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu, DGP Catering Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście 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 2015 r., poz. 2164 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 1 im. Fryderyka Chopina w Rzeszowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi kompleksowego sprzątnia obiektów Klinicznego Szpitala Wojewódzkiego Nr 1 im. Fryderyka Chopina w Rzeszowie.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE nr 2016/S 072-126338 z dnia 13 kwietnia 2016 r.

W dniu 04.07.2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wyniku.

W dniu 14.07.2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Derślaw Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Połańcu i DGP Catering Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service „Company” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa we Wrocławiu, B.K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „F.H.U. MAXLIFT B.K.” w Rzeszowie (dalej jako „Konsorcjum Impel”) i dokonania wyboru tej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

— art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel z uwagi na niemożliwą do poprawienia niezgodność treści oferty tego Wykonawcy z SIWZ, gdyż kolor odzieży pracowników Konsorcjum Impel, określony w formularzu ofertowym, pokrywa się z kolorem ubioru pracowników Zamawiającego, mimo że zgodnie z SIWZ powinien się różnić;

— art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Impel;
- a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Konsorcjum Impel oraz w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Przedmiotem zamówienia są usługi kompleksowego sprzątnia obiektów Klinicznego Szpitala Wojewódzkiego Nr 1 im. Fryderyka Chopina w Rzeszowie wraz z przyległymi terenami zewnętrznymi oraz usługi transportu wewnętrznego.

[...]

W pkt. V1.3 załącznika nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, który określa wymagania dotyczące pracowników wykonawcy usługi, Zamawiający wskazał:

„ Wykonawca usługi wyposaża pracowników w odzież roboczą oznaczoną logiem firmy i zaopatruje w identyfikatory indywidualne z imieniem i nazwiskiem. Kolor odzieży powinien różnić się od koloru odzieży pracowników Szpitala (inny niż biały, zielony, niebieski) ”,

Tymczasem w ofercie Konsorcjum Impel, na stronie 2., w pkt. 7 formularza ofertowego, wykonawca ten oświadczył, że odzież robocza pracowników będzie mieć kolor granatowy, czerwony, niebieski. W związku z tym oferta jest niezgodna z SIWZ.

Jak stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Natomiast zgodnie z przywołanym art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. W związku z tym, należy dokonać analizy, czy ww. uchybienie Konsorcjum Impel podlegałoby konwalidacji w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W jednym z wyroków Izba wskazała, że „ (...) omyłki wskazane w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych muszą mieć taki charakter. bv czynności ich poprawy

móel dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Z treści oferty powinno wynikać, że Wykonawca pomylił się, wpisując określoną treść. W sytuacji, w której Wykonawca składa oświadczenie woli samodzielnie (DO usunięciu innej treści określonej przez Zamawiającego). nie sposób uznać, że wykonawca Dopełnił omyłkę. Nadto, w ofercie Odwołującego brak jest innych dokumentów, czy oświadczeń, które wskazywałyby, że wpisując oświadczenie, że kierownik budowy zatrudniony zostanie na podstawie umowy cywilno - prawnej. Odwołujący popełnił omyłkę. Tym samym oferta Odwołującego nie zawiera w tym zakresie żadnych sprzeczności" (wyrok KIO z dnia 03 sierpnia 2015 r., sygn. akt: KIO 1559/15).

Przed wszystkim, w stanie faktycznym sprawy, Zamawiający nie jest w stanie poprawić wskazanej omyłki samodzielnie. Bez konsultacji z Konsorcjum Impel Zamawiający nie zidentyfikuje, jakim kolorem odzieży należy zastąpić odzież koloru niebieskiego wskazaną w ofercie tego wykonawcy, czy też, że z koloru tego można w ogóle zrezygnować. Oświadczenie Konsorcjum Impel jest jednoznaczne i kategoryczne, zaś w treści oferty brak jest okoliczności, które mogłyby wskazywać na inne kolory odzieży stosowanej przez pracowników Konsorcjum Impel. Jak wskazała Izba, „ art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie ogranicza możliwości dokonywania zmian z punktu widzenia tego, czy dotyczą przedmiotowo lub podmiotowo istotnych albo nieistotnych elementów oferty, gdyż stanica 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. Istotną okolicznością w analizie możliwości dokonania zmiany treści oferty jest wykładnia oświadczenia woli wykonawcy z uwzględnieniem celu, w jakim zostało ono złożone oraz kontekst sytuacyjny" (wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 543/15; KIO 544/15; KIO 553/15). Tym samym, gdyby Zamawiający dokonał wykładni oświadczenia woli złożonego przez Konsorcjum Impel, musiałby istotnie zaingerować w jego treść. Oświadczenia, w którym stwierdza się, że odzież robocza pracowników będzie mieć kolor granatowy, czerwony, niebieski, nie można zinterpretować inaczej, niż w ten sposób, że odzież robocza pracowników będzie mieć kolor granatowy, czerwony, niebieski.

Odwołujący wskazuje, że znane jest mu orzeczenie Izby, w którym stwierdzono, że „ (...) do katalogu omyłek nie powodujących istotnej zmiany w treści oferty można zaliczyć: wskazanie niewłaściwej jednostki miary, niewielki błąd w ilości materiałów, nieprawidłowy wskaźnik lub krotność, błędnie podany kolor, nieistotną zmianę zakresu czynności lub terminologii czy zmianę nomenklatury w stosunku do użytej w SIWZ." (Dariusz Ziemiński, "Prawo Zamówień Publicznych", Infrastruktura Transportu nr 1/2009, str. 36). Jednakże wskazuje się także w tym kontekście, że: "W zależności od okoliczności danej sprawy ten

sam błąd może być zakwalifikowany jako omyłka istotna i skutkująca odrzuceniem oferty, zaś w innym przetargu - jako błaha i możliwa do poprawienia" (Dariusz Ziemiński, "Prawo Zamówień Publicznych", Infrastruktura Transportu nr 1/2009, str. 36)" (wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 67/11). Warto przy tym dodać, że „istotność” zmiany jest tylko jedną z przesłanek zastosowania art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp, niezależnie od oceny, że dana zmiana jest istotna, Zamawiający musi potwierdzić, że dana informacja znalazła się w ofercie omyłko, a nadto, Zamawiający musi mieć dane wystarczające ku temu, by samodzielnie ustalić, jaka byłaby prawidłowa treść oferty wykonawcy, gdyby nie popełniona przez niego omyłka. W niniejszej sprawie, te przesłanki nie są spełnione.

Niewątpliwie także kolor odzieży roboczej pracowników w tym postępowaniu posiada istotne znaczenie, skoro zamawiający oczekiwał nadania informacji dotyczącej koloru odzieży w Formularzu ofertowym (wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu nie byli zobowiązani do składania innych oświadczeń odnośnie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia!. Użycie koloru niebieskiego odzieży może powodować trudności w codziennej pracy i organizacji szpitala. Dochodzi bowiem do sytuacji, w której ten sam kolor uniformu będzie nosił personel medyczny i personel techniczny. Dodać jednak należy, że w następnym punkcie uzasadnienia cytowanego wyroku, Izba orzekła, że "przepis ten [art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp - przyp. Odwoł.] daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub nie mających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. W ocenie Izby, zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerszej, pod warunkiem braku skutku w postaci istotnych zmian w treści oferty" (por. wyrok KIO z dnia 10.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 691/09) Tymczasem kolor uniformów ma istotne znaczenie w kontekście oferowanego świadczenia - Zamawiający nie tylko określił w SIWZ, jakich kolorów odzieży roboczej wykonawcy nie powinni używać przy realizacji umowy, ale - co więcej - nakazał im wprost określić stosowane kolory w formularzu ofertowym, a więc dokumencie mającym podstawowe znaczenie dla oferty. Potwierdza to tezę Odwołującego o istotnym znaczeniu kolorystyki ubrań stosowanych dla realizacji umowy.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został zreferowany zgodnie z rzeczywistością w treści odwołania, która została zacytowana powyżej.

Podano tam zarówno treść wymagań SIWZ dotyczących dopuszczalnych kolorów odzieży roboczej personelu wykonawców, przy pomocy których świadczyć będą zamawiane usługi, jak też treść oferty Konsorcjum Impel w tym zakresie.

Uzupełniająco Izba wskazuje, że według rozdziału IV lit. E pkt 1 SIWZ, Zamawiający wymagał sporządzenia oferty według formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ, w którego punkcie 7 wymagano podania jakiego koloru będzie odzież robocza pracowników.

W oparciu o powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega –

co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanego i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Natomiast powołany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie omyłki (inne niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W rozpatrywanym przypadku żadnych wątpliwości nie może budzić wystąpienie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Po pierwsze wymagania opisu przedmiotu zamówienia dotyczące koloru odzieży roboczej pracowników wykonawcy są wymaganiami odnoszącymi się do sposobu wykonania świadczenia – Zamawiający wyraźnie i jasno nie dopuścił wykonania usług przy pomocy personelu noszącego się na niebiesko. Nie ma żadnych podstaw do uznania tego zakazu za niewiążący, instrukcyjny czy informacyjny. Po drugie Zamawiający również wyraźnie wymagał podania informacji na ten temat w treści oferty, a Konsorcjum Impel obok kolorów dozwolonych wpisało również kolor niedopuszczony jako odzież robocza personelu.

Tym samym konieczne stało się doprowadzenie do zgodności treści oferty wybranej z treścią SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, którego zastosowanie jest w tym przypadku jak najbardziej możliwe, a tym samym obligatoryjne.

Co do wypełniania w tym przypadku przesłanek ww. przepisu Izba wskazuje, co następuje.

W kwestii ustalenia, czy stwierdzona niezgodność była omyłką wykonawcy, należy wskazać, że odwołujący nazbyt eksponuje tu „psychologiczno-detektywistyczną” wykładnię tego pojęcia. Jeżeli Konsorcjum Impel twierdzi, że dana niezgodność treści oferty z SIWZ była omyłką, to należy przyjąć, że tak jest. Również twierdzenie, że oferta jest w tym zakresie zgodna z SIWZ jest „omyłką” co do znaczenia treści SIWZ, a tym samym „omyłką” w ofercie. I nie zachodzą żadne sprzeczności logiczne w

wariantowym stanowisku procesowym, według którego oferta jest zgodna z SIWZ, a w przypadku uznania, że jednak jest niezgodna, to należy ją poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Omyłka w ofercie polegająca na niezgodności tej oferty z SIWZ, może powstać zarówno przez niedbalstwo czy lekkomyślność przy sporządzaniu oferty, jak też być wynikiem niezrozumienia lub przeoczenia wymagań SIWZ, co do opisu przedmiotu zamówienia czy sposobu sporządzenia oferty. Ostateczną weryfikacją „intencji” wykonawcy w tym zakresie będzie wyrażenie zgody na dokonane przez zamawiającego poprawienie oferty lub jej odmowa.

Niezależnie od intencji wykonawcy i genezy powstania omyłki, główną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty jest zakres i rodzaj tej poprawki – w przypadku gdy poprawienie oferty i doprowadzenie do jej zgodności z SIWZ będzie pociągało za sobą nazbyt istotne zmiany w treści oferty, nie będzie to możliwe.

Biorąc pod uwagę możliwość stosowania przez wykonawców i wyboru różnych kolorów i wpisywania ich nieograniczonej ilości do formularza ofertowego, nie sposób uznać informacji na temat jednego z trzech kolorów za szczególnie istotny element oferty, a jego wykreślenia za istotną zmianę tej treści. Nakazany sposób poprawienia oferty był w tym przypadku prosty, naturalny, oczywisty i samonarzucający.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 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).

.....