

WYROK
z dnia 25 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2013 r. przez wykonawcę **A..... K.....**, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **P.P.U.H. Elektro-Instal A..... K.....**, ul. Rolnicza 23, 44-200 Rybnik w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, Al. Kraśnicka 25, 20-718 Lublin**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność badania i oceny ofert, unieważnić czynność unieważnienia postępowania oraz nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, Al. Kraśnicka 25, 20-718 Lublin** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **A..... K.....**, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **P.P.U.H. Elektro-Instal A..... K.....**, ul. Rolnicza 23, 44-200 Rybnik tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od **Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie, Al. Kraśnicka 25, 20-718 Lublin** na rzecz wykonawcy **A..... K....., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą P.P.U.H. Elektro-Instal A..... K....., ul. Rolnicza 23, 44-200 Rybnik** kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup i dostawę samochodu specjalnego z podnośnikiem koszowym” o wartości powyżej 200 000 EURO (ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w: Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2013/S 092-156475) wykonawca A..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U Elektro-Instal A..... K..... złożył odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”), poprzez:

1. zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści ofert,
2. ewentualnie zaniechanie dokonania poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ,
3. bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego,
4. unieważnienie postępowania mimo, że powinien nastąpić wybór oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

1. przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w szczególności oferty odwołującego, treści SIWZ i wyjaśnień oraz informacji o odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu,
2. uwzględnienie odwołania
oraz nakazanie zamawiającemu
 1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
 2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
 3. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
 4. dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
 5. dokonania wyboru oferty odwołującego,

a także o zwrot kosztów postępowania.

Odwołujący podał, że zgodnie z wymaganiami SIWZ (pkt 14) wykonawcy mieli złożyć oferty z wykorzystaniem formularza ofert oraz załączyć specyfikację techniczną pojazdu - "uzupełniony załącznik nr 1 do s.i.w.z.", który w środkowej kolumnie zawierał opis parametrów wymaganych przez zamawiającego, natomiast w prawej kolumnie miały być wpisane parametry oferowane przez wykonawcę, przy czym kolumna ta była częściowo

wypełniona przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że do złożonej oferty załączył wymagany załącznik nr 1, w którym w kolumnie z prawej strony wpisał parametry techniczne zgodne z wymaganiami zamawiającego.

Wskazał także, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, w uzasadnieniu decyzji podając, że nie odpowiadała treści SIWZ i wskazując 7 punktów załącznika nr 1, co do których miała zachodzić niezgodność treści pomiędzy ofertą a SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że może zgodzić się z taką decyzją zamawiającego, ponieważ:

1. nie jest prawdą, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ,
2. zamawiający zaniechał wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ustawy Pzp,
3. zamawiający nie dokonał poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do braku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ odwołujący wskazał, że w załączniku nr 1 złożonym wraz z formularzem oferty w kolumnie prawej określono parametry wymagane przez zamawiającego po zmianie SIWZ, a zatem nie można zatem mówić o niezgodności pomiędzy ofertą a SIWZ, ta bowiem zachodzi, gdy treść świadczenia wykonawcy oferowanego w ofercie jest inna niż wymagania zamawiającego.

Zdaniem odwołującego wszelkie wątpliwości zamawiający rozstrzygał na niekorzyść odwołującego i zaniechał skorzystania z instytucji przewidzianych w ustawie Pzp takich jak wyjaśnianie oferty czy jej poprawienie, w konsekwencji czego należy przyjąć, że zamawiający założył *a priori*, iż przedmiot oferty nie odpowiada jego wymaganiom.

W odniesieniu do zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym w praktyce orzeczniczej przyjmuje się, że przepis mimo użycia w treści przepisu wyrazu "może" nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania do wyjaśnień, a dbałość o środki publiczne wymaga od zamawiającego skorzystania z instrumentów, które umożliwiają wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, a nie oferty jedynie poprawnej pod względem formalnym.

W odniesieniu do braku poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że jeżeli zamawiający uznał, że wystąpiły uchybienia oferty, które nie pozwalały na jej wybór, miał również możliwość jej poprawienia. W ocenie odwołującego drobne nieścisłości, których dopatrył się zamawiający mogły być usunięte w trybie ww. przepisu. Podniósł, że skoro w kolumnie środkowej załącznika nr 1 były wpisane pewne cechy przedmiotu zamówienia, których nie skopiowano do kolumny prawej, to można mówić o omyłkach polegających na niezgodności oferty z SIWZ, przy czym omyłki te były drobne

i nie powodowały istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący dodał, że zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest jedynie zarzutem ewentualnym, co do zasady bowiem odwołujący twierdzi, że oferta mogła być wybrana bez poprawiania.

Odwołujący podniósł nadto, że biorąc pod uwagę fakt, że oferta odwołującego została bezpodstawnie odrzucona, to zamawiający niezasadnie unieważnił postępowanie, gdyż pozostała oferta, którą mógł wybrać. Oznacza to, że zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W podsumowaniu odwołujący stwierdził: „Wobec nieuzasadnionego odrzucenia oferty należy stwierdzić, że przeprowadzona ocena ofert była wadliwa. Zamawiający nie zastosował wszelkich instytucji prawnych, które powinien zastosować przy badaniu ofert. Nadmiernie formalistyczne podejście prezentowane przez Zamawiającego prowadzi do odrzucenia dobrej oferty i unieważnienia postępowania. Stanowi to przejaw braku dbałości o środki publiczne i z pewnością nie jest właściwym stosowaniem przepisów ustawy PZP, której formalizm nie jest celem sam w sobie ale ma służyć wyborowi ofert najlepszych”.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, odwołania wykonawcy z dnia 15 lipca 2013 r., a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Na podstawie „*Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* (DRUK ZP-PN)” pkt 9 skład orzekający Izby ustalił bowiem, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę z najniższą ceną, co biorąc pod uwagę fakt, że cenie zamawiający przypisał 100% znaczenie (część Rozdział XIII SIWZ), a zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz poddania oferty odwołującego ponownemu badaniu, a zatem dałoby mu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem:

1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* (DRUK ZP-PN),
3. oferty odwołującego,
4. zawiadomienia z dnia 5 lipca 2013 r. o odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty odwołującego,
5. zawiadomienia z dnia 5 lipca 2013 r. o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Uwzględniając podane przez zamawiającego podstawy odrzucenia oferty odwołującego wskazane w zawiadomieniu z dnia 5 lipca 2013 r., na podstawie porównania treści opracowanego przez zamawiającego załącznika nr 1 do SIWZ „Specyfikacja techniczna pojazdu specjalnego z zamontowanym podnośnikiem koszowym” z treścią wypełnionego przez odwołującego, a składającego się na treść oferty odwołującego załącznika nr 1 „Specyfikacja techniczna pojazdu specjalnego z zamontowanym podnośnikiem koszowym” skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z tego powodu, że w siedmiu punktach (pkt. 1.1., 1.3., 1.12., 1.15., 2.1., 2.4. i 2.5.) odwołujący nie potwierdził wymagań zamawiającego, poprzez powielenie części treści kolumny „Opis parametru: wymagany przez zamawiającego” w treści kolumny „Parametr oferowany przez wykonawcę”.

Odrzucenie oferty z powyżej wskazanego powodu skład orzekający Izby uznał za niezasadny z poniżej wskazanych powodów.

Prawem zamawiającego jest taki opis przedmiotu zamówienia, który zapewni zamawiającemu realizację jego uzasadnionych potrzeb.

Jednocześnie obowiązkiem zamawiającego jest jasne i precyzyjne opisanie sposobu wykazania przez wykonawców, że oferowane przez nich dostawy (roboty / roboty budowlane) spełniają postawione przez zamawiającego wymagania. W tym celu zamawiający opracowują załączniki do SIWZ, w których w zestawieniach tabelarycznych wskazują oczekiwane przez siebie cechy i parametry zamawianych towarów / produktów.

W rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawie zamawiający nie tylko wyspecyfikował swoje oczekiwania wobec samochodu i podnośnika koszowego w kolumnie „Opis parametru: wymagany przez zamawiającego”, ale nadto częściowo wypełnił kolumnę, którą w celu wykazania, że oferowany samochód i podnośnik spełnia wymagania zamawiającego wypełnić mieli wykonawcy. W kolumnie tej zamawiający pozostawił wykonawcom do wypełnienia tzw. „miejsca wykropkowane”.

W ocenie składu orzekającego Izby taki sposób skonstruowania niektórych punktów kolumny „Parametr oferowany przez wykonawcę” należy odczytać jako oczekiwanie zamawiającego skonkretyzowania treści oferty jedynie poprzez podanie konkretnych wielkości parametrów w „miejscach wykropkowanych” w przypadku tychże punktów.

Przemawia za tym zarówno założenie, że opracowywane przez zamawiającego wzory mają ułatwić wykonawcom złożenie prawidłowych ofert, jak i założenie, że wzory te mają ułatwić samemu zamawiającemu porównanie treści złożonych ofert. Przemawia za tym także założenie, że wypełnienie „miejsc wykropkowanych” – „brakujących” składa się na kompletną treść danego punktu.

Skład orzekający Izby ustalił, że załącznik nr 1 do SIWZ „Specyfikacja techniczna pojazdu specjalnego z zamontowanym podnośnikiem koszowym” zawiera tabelę, na którą składają się 4 kolumny: „L.p”, „Parametr” (Samochód do zabudowy” oraz „Podnośnik koszowy”), „Opis parametru: wymagany przez zamawiającego” oraz „Parametr: oferowany przez zamawiającego. Na tej podstawie stwierdzić należy, że w opisie kolumn tabeli zamawiający posłużył się wyłącznie pojęciem „parametr”.

W uwadze pod tabelą zamawiający zawarł dodatkowe instrukcje dotyczące sposobu wypełnienia przez wykonawców tabeli, w której, poza pojęciem „parametr” zamawiający posługuje się także pojęciem: „cecha”, nie dokonując jednak rozróżnienia, które wyspecyfikowane w kolumnie „Opis parametru” elementy opisu są w rozumieniu zamawiającego „parametrami”, a które „cechami”. Rozróżnienie to jest o tyle istotne, że na rozprawie zamawiający utrzymywał, podkreślając przy tym odrębność (rozróżnienie) cech i parametrów, że wykonawca (odwołujący) był zobowiązany do szczegółowego opisu oferowanych cech pojazdu. Zamawiający nie kwestionował podania przez odwołującego jakiegokolwiek parametru.

Dostrzeżenia także wymaga fakt, że w uwadze pod tabelą zamawiający zawarł następującą instrukcję: „W punktach, gdzie zamawiający określił wartości minimalne, graniczne, dopuszczalne itp., wykonawca zobowiązany jest do podania wartości rzeczywistych parametrów, zespołów, instalacji, potwierdzających jednoznacznie spełnienie wymagań zamawiającego”, co mogło zostać odczytane przez wykonawców jako uregulowania „szczegółowe” odnoszące się do ww. punktów, a co w powiązaniu z „miejscami wykropkowanymi” pozostawionymi przez zamawiającego mogło przesądzić

o uznaniu przez wykonawców, że wystarczającym jest wskazanie konkretnych wartości parametrów w „miejscach wykropkowanych”.

Nie można nadto pominąć, że w uwadze pod tabelą zamawiający wskazał jeden jedyny przypadek niewłaściwego wypełnienia tabeli, skutkujący odrzuceniem oferty, tj. gdy wykonawca potwierdzi zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z przedmiotem wymaganym przez zamawiającego, poprzez wpisanie słowa „TAK” w kolumnie „Parametr oferowany przez wykonawcę”.

Abstrahując od oceny ważności powyższego postanowienia SIWZ w odniesieniu do wszystkich punktów tabeli, skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący w złożonej przez siebie ofercie w żadnym z punktów nie posłużył się słowem „TAK”.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenie stwierdzić należy, że postanowienia SIWZ w zakresie skonstruowania treści załącznika nr 1, w tym uwagi pod tabelę nie były postanowieniami jednoznacznymi. Zgodnie zaś z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej wątpliwości takie nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść wykonawców (skutkować utratą szansy na uzyskanie zamówienia, poprzez odrzucenie oferty) skoro to na zamawiającym spoczywa ciężar sporządzenia SIWZ.

Uwzględniając opisaną powyżej konstrukcję załącznika nr 1 (wypełniona kolumna „Parametr: oferowany przez wykonawcę” z pozostawionymi „miejscami wykropkowanymi”), skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że w przedmiotowym stanie faktycznym wystarczającym potwierdzeniem spełnienia innych wymagań postawionych przez zamawianego dla samochodu specjalnego z podnośnikiem koszowym było złożenie przez odwołującego oświadczenia, że złożona przez niego oferta spełnia wszystkie wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ (pkt 2 zobowiązania wykonawcy w Formularzu ofertowym - załącznik nr 6 do SIWZ) oraz oświadczenia, że w przypadku wyboru oferty odwołującego zobowiązuje się do zawarcia umowy na określonych w SIWZ warunkach zamówienia (pkt 3 zobowiązania wykonawcy w Formularzu ofertowym – załącznik nr 6 do SIWZ).

Wobec powyższego powielanie postanowień SIWZ w treści oferty wykonawców, choć jak najbardziej dopuszczalne, było zbędne.

Zarzut bezpodstawnego unieważnienia postępowania, czym zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji uwzględnienia zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego skład orzekający Izby za zasługujący na uwzględnienie uznał także zarzut niezasadnego unieważnienia postępowania. Skoro bowiem w postępowaniu złożono co najmniej jedną ofertę, która nie podlega odrzuceniu (oferta odwołującego), unieważnienie

postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest niezasadne.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a i § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: