

Sygn. akt: KIO/UZP 35/09

WYROK
z dnia 22 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk
Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Stanisław Sadowy
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Orlen PetroTank Sp. z o.o., Widełka 869, 36-145 Widełka**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Cieszynie Sp. z o.o., ul. Korfanteo 23, 43-400 Cieszyn**, protestu z dnia 23 grudnia 2008 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowne dokonanie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego**
- 2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Cieszynie Sp. z o.o., ul. Korfanteo 23, 43-400 Cieszyn i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Orlen PetroTank Sp. z o.o., Widełka 869, 36-145 Widełka**;
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Cieszynie Sp. z o.o., ul. Korfanteo 23**,

- 43-400 Cieszyn** na rzecz **Orlen PetroTank Sp. z o.o., Widełka 869, 36-145 Widełka**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu, zaliczonych w poczet kosztów postępowania odwoławczego;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Orlen PetroTank Sp. z o.o., Widełka 869, 36-145 Widełka**.

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę oleju napędowego”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Orlen PetroTank Sp. z o.o., z siedzibą w Widełce, zwany dalej „Odwołującym”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 października 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 210-279787). Postępowanie to prowadzi Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Cieszynie Sp. z o.o., zwane dalej: „Zamawiającym”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”, stosując przepisy dotyczące zamówienia sektorowego.

Zamawiający pismami z dnia 22 grudnia 2008 r. (doręczenie pism w tej samej dacie) poinformował Odwołującego o wynikach tego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez J&S ENERGY S.A. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie wymaganych warunków granicznych. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie określił, czy transport do miejsca dostawy będzie na koszt i ryzyko dostawcy, poprzez brak wypełnienia załącznika nr 3 do oferty Odwołującego i niewstawienie znaku: „X” w kolumnie „TAK” lub kolumnie „NIE”

Na te czynności Odwołujący w piśmie z dnia 23 grudnia 2008 r. (doręczenie Zamawiającemu w tej samej dacie) złożył protest, w którym podniósł naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający powinien był wezwać go do uzupełniania zawierającego błąd dokumentu lub oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Podkreślił, że

pkt IV ppkt 6 formularza ofertowego zawierał zobowiązanie wykonawcy do zawarcia umowy o treści określonej załącznikiem nr 3A do SIWZ w terminie i miejscu wskazanym przez Zamawiającego z uwzględnieniem warunków podanych w SIWZ oraz przepisów ustawy. Wskazał również na pkt III formularza ofertowego, gdzie zawarte było oświadczenie o zapoznaniu się z treścią SIWZ i nie wnoszeniu do zastrzeżeń oraz przyjęciu warunków w niej zawartych. Tym samym Odwołujący wypełnił – jak wskazał - wszystkie graniczne warunki, w tym również dotyczące transportu do miejsca dostawy, który będzie odbywał się na jego koszt i ryzyko. Wskazał również, że jego oferta nie może być uznana za niezgodną z treścią SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Wnosząc protest Odwołujący zażądał wezwania go do uzupełniania oferty o załącznik nr 3 do oferty na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy oraz powtórzenie oceny ofert zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy.

Zamawiający pismem z dnia 30 grudnia 2008 r., doręczonym Odwołującemu w dacie 31 grudnia 2008 r. drogą faksową a w dniu 5 stycznia 2009 r. drogą pisemną wymaganą w niniejszym postępowaniu, zgodnie z postanowieniami SIWZ, protest oddalił. W rozstrzygnięciu podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko o konieczności odrzucenia oferty Odwołującego, wskazując dodatkowo na zastrzeżenie zamieszczone w stopce załącznika nr 3 do oferty: „*UWAGA! Niespełnienie któregośkolwiek z warunków granicznych spowoduje odrzucenie oferty*”. Podkreślił również, że powołanie się przez Odwołującego na art. 26 ust. 3 ustawy jest bezprzedmiotowe bowiem przywołany przepis obliguje do skierowania wezwania do uzupełnienia dokumentów, o których stanowią przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mają być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.).

Od rozstrzygnięcia protestu w piśmie z dnia 8 stycznia 2009 r. złożonym w urzędzie pocztowym operatora publicznego w dniu 9 stycznia 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację. Dodatkowo podniósł, że art. 26 ust. 3 ustawy wskazuje na konieczność wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń. W jego ocenie takim oświadczeniem jest załącznik nr 3 do oferty, dlatego zasadnym jest również wezwania do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Wskazał również, że o niezgodności jego oferty z treścią SIWZ można byłoby mówić wyłącznie w sytuacji gdyby Odwołujący we wskazanym formularzu zakreślił znakiem „X” kolumnę „NIE”, a nie sytuację, w której żadna z pozycji (ani „TAK”, ani „NIE”) nie została zakreślona.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu przedmiotowego odwołania. Oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą w związku z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert, pod warunkiem braku odrzucenia tej oferty, która to czynność jest przez Odwołującego kwestionowana. Odwołujący zatem, zaskarżając tę czynność wykazał wprost uszczerbek w jego interesie prawnym, związany z pozbawieniem go szans na uzyskanie zamówienia, czym wypełnił dyspozycję przepisu art. 179 ust. 1 ustawy.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Skład orzekający Izby stwierdził, że brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ w załączniku nr 1 do SIWZ przygotował zestawienie warunków granicznych dotyczących przedmiotu zamówienia, które zgodnie z pkt II SIWZ musiały być spełnione przez każdego z wykonawców. Jednocześnie też Zamawiający przygotował wzór załącznika nr 3 do oferty, który w ujęciu tabelarycznym zawierał wyliczenie tych warunków granicznych. Wykonawcy mieli obowiązek wypełnić ten załącznik poprzez wpisanie znaku „X” w jednej, bądź drugiej kolumnie – oznaczonych odpowiednio: „TAK” lub „NIE”. Formularz ten zawierał w stopce pouczenie, że brak spełnienia któregokolwiek z warunków granicznych przez wykonawcę będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Odwołujący załączył do swojej oferty wskazany załącznik nr 3 (str. 23 oferty), wstawiając we wszystkich pozycjach, oprócz pozycji II.2 („transport do miejsca dostawy” „na koszt i ryzyko dostawcy”) znak „X” w kolumnie „TAK”. Brak znaku „X” we wskazanej pozycji skutkowało uznaniem przez Zamawiającego, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia tego, wymaganego przez Zamawiającego, warunku granicznego i jego oferta w tym zakresie jest sprzeczna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego, poprzez czynność odrzucenia oferty, art. 26 ust. 3 ustawy, uznał, że zarzut ten nie potwierdził się. W tym zakresie skład orzekający Izby uwzględnił stanowisko i argumentację Zamawiającego, który uznał, że dokument załącznika nr 3 stanowiący treść oferty nie podlega uzupełnieniu w trybie wskazanego przepisu. Zgodnie z tym przepisem zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawcy uzupełniania dokumentów lub oświadczeń, o których stanowi art. 25 ust. 1 ustawy. Chodzi więc o uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów lub oświadczeń potwierdzających, że określone dostawy, usługi, czy roboty budowlane spełniają wymagania określone w SIWZ. Załącznik nr 3, wskazujący na to, w jaki sposób ma być realizowane zamówienie i określający w tym zakresie bezwzględnie wymagane do spełniania warunki dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia (warunki graniczne) nie jest ani dokumentem, ani też – jak wskazywał to Odwołujący – oświadczeniem, które wypełniałoby dyspozycję przepisu art. 25 ust. 1 ustawy. Nie jest to warunek podmiotowy, dotyczący posiadania określonych uprawnień, czy też potencjału osobowego, technicznego, czy finansowego, który kwalifikuje wykonawcę jako podmiot potencjalnie uprawniony i przygotowany do realizacji zamówienia. Nie jest to również warunek (dokument) który potwierdza, że objęte przedmiotem zamówienia dostawy, odpowiadają wymogom określonym przez Zamawiającego. W tym bowiem zakresie należy odróżnić dokumenty i oświadczenia, które potwierdzają spełnianie tych warunków od samej treści oferty wykonawcy, który wskazuje – również zgodnie z wymogami SIWZ – w jaki sposób zrealizuje dany przedmiot zamówienia: na jakich zasadach, w jakim terminie i za jaką cenę. Wykonawca składa w tym zakresie oświadczenie woli, które jest dla niego wiążące. O tym, że w trybie art. 26 ust. 3 ustawy uzupełnieniu podlegają dokumenty, o których stanowią przepisy przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r., świadczy również delegacja ustawowa do wydania tego przepisu, określona w ust. 2 art. 25 ustawy, gdzie ustawodawca, wskazując zakres tej delegacji, posługuje się sformułowaniami opisanymi w ust. 1 art. 25 ustawy (oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań, określonych przez zamawiającego).

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby uznał, iż potwierdził się drugi z podnoszonych w proteście i odwołaniu zarzutów, tj. zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający ma obowiązek poprawić omyłki w treści oferty wykonawcy, które czynią tę ofertę sprzeczną z SIWZ, przy założeniu, że poprawka ta nie spowoduje istotnej zmiany oferty.

Nowe brzmienie przywołanego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zostało ustalone przez przepisy ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) i ma zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy rozpatrywane przez Izbę odwołanie (po pierwsze: z uwagi na art. 4 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej - czynność oceny ofert dokonywana była po wejściu w życie nowelizacji, a po drugie: z uwagi na art. 5 ustawy nowelizacyjnej w związku z art. 4 ust. 1 – niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest również wszczęte po dniu, w którym weszły w życie przepisy nowelizacyjne). Przywołany przepis nakłada na Zamawiającego nowy obowiązek poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty. Dla wypełniania przez Zamawiającego tego obowiązku konieczne jest ustalenie dwóch okoliczności i łączne ich spełnienie:

- 1) stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i
- 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w ofercie.

W ocenianym przez Izbę stanie faktycznym mamy niewątpliwie do czynienia z omyłką, która sprowadza się w efekcie do niezgodności oferty z treścią SIWZ. Omyłka ta bowiem polega na technicznym pominięciu wymaganego zakreszenia pewnej pozycji. W niniejszej sprawie Odwołujący nie zakreszył w spornym warunku granicznym ani rubryki „NIE”, ani rubryki „TAK”, co - przy ilości pozycji w załączniku nr 3 do oferty wymagających zakreszenia oraz stronie graficznej tego załącznika (wers w poz. II.2 w stosunku do pozostałych wersów które miały być zakreszone jest nieproporcjonalnie węższy od pozostałych), jak również tej okoliczności, że Odwołujący zakreszył wszystkie pozostałe warunki graniczne w rubryce „TAK”- mogło mieć wpływ na komputerowe wypełnienie tego załącznika i popełnienie w tym zakresie przez Odwołującego omyłki. Powyższe potwierdził również Odwołujący na rozprawie, nie wykluczając, że mogła mieć w tym zakresie miejsce omyłka Odwołującego. Co do argumentacji Zamawiającego, że na równi możnaby przyjąć, że Odwołujący celowo nie złożył tego oświadczenia, aby na etapie realizacji umowy odmówić transportu na swój koszt i ryzyko, skład orzekający Izby uznał, że nie zasługuje ona na uwzględnienie. Jak bowiem wykazał Odwołujący w treści odwołania i w toku rozprawy w treści oferty złożył on oświadczenia, które wskazują na wypełnienie przez niego wszystkich wymogów i warunków określonych przez Zamawiającego i dotyczących sposobu realizacji zamówienia. Poprzez złożenie takich oświadczeń i wobec braku złożenia przeciwnego oświadczenia Odwołujący nie będzie mógł wycofać się z bezwzględnie wymaganego przez Zamawiającego wymogu transportu na koszt i ryzyko dostawcy. W razie wątpliwości Zamawiający w tym zakresie mógł zwrócić się do Odwołującego na podstawie przepisu art.

87 ust. 1 ustawy z żądaniem wyjaśnienia treści oferty. Gdyby Odwołujący w wyniku takich wyjaśnień w sposób wyraźny zaprzeczył wymogowi wypełnienia tego wymogu, to wówczas dopiero można byłoby mówić o takim zagrożeniu, na które wskazał Zamawiający.

Co do drugiej z wymienionych przesłanek, o których stanowi art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, skład orzekający Izby stwierdził, że dokonanie poprawienia przez Zamawiającego wskazanej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany oferty. Skład orzekający bowiem stanął w niniejszej sprawie na stanowisku, że konkretne, szczegółowe oświadczenie Odwołującego o świadczeniu transportu na koszt i swoje ryzyko w ogóle nie zostało złożone, z uwagi na omyłkę techniczną przy wypełnieniu formularza do oferty. O fakcie, iż Odwołujący potwierdza wypełnienie tego wymogu, Zamawiający mógł powziąć informację z całości treści oferty, w tym z przywołanych oświadczeń, złożonych w formularzu ofertowym. Tym samym poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany oferty Odwołującego. Gdyby bowiem Odwołujący zakreślił znakiem „X” rubrykę „NIE” należałoby przyjąć, że złożył oświadczenie o nie wypełnieniu tego warunku granicznego i ewentualne poprawienie tego przez Zamawiającego prowadziłoby do zmiany treści oświadczenia woli Odwołującego i to w sposób istotny. W analizowanej sprawie w związku z tym, że Odwołujący nie zakreślił żadnej rubryki nie doszło do złożenia przez niego oświadczenia woli przeciwnego.

Zastrzeżenie zawarte w załączniku nr 3 do oferty, iż nie spełnienie któregokolwiek z warunków granicznych spowoduje odrzucenie oferty – w ocenie Izby - nie ma tutaj znaczenia. W sprawie tej bowiem nie mamy do czynienia z niespełnieniem jednego z warunków granicznych w ofercie Odwołującego, tylko z formalnym brakiem wypełnienia rubryki, a nie z oświadczeniem o braku zgody na transport na koszt i ryzyko Odwołującego. Okoliczność, iż w sprawie mamy do czynienia z niezgodnością co do formy potwierdził również w trakcie rozprawy sam Zamawiający.

Skład orzekający Izby oceniając wskazany zarzut nie uwzględnił jednak argumentacji Odwołującego, który wskazywał, że złożył oświadczenia ogólne o zgodności jego oferty z treścią SIWZ i zobowiązał się do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w SIWZ, złożonym zgodnie z wymogiem Zamawiającego. Wskazane oświadczenia woli mają bowiem charakter ogólny i nie mogą, co do zasady, sanować istotnych niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Powyższe może, co najwyżej, stanowić dodatkową argumentację, wzmacniającą podstawową i związaną z tym, że mamy do czynienia z omyłką, która nasuwa się automatycznie oraz na okoliczność, że poprawienie jej nie wpłynie istotnie na zmianę oferty. Jako samoistna argumentacja o złożeniu oświadczenia o zgodności oferty z treścią SIWZ, potwierdzająca spełnienie wszystkich jej postanowień i świadcząca o zgodności oferty z treścią SIWZ, nie może się ostać.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust.1 i 2 ustawy oraz art. 191 ust. 1a ustawy, uznając jednocześnie, że stwierdzone przez Izbę naruszenie bezpodstawnego odrzucenia przez Zamawiającego oferty korzystniejszej dla Zamawiającego - biorąc pod uwagę jej treści oraz kryteria oceny ofert opisane przez Zamawiającego w SIWZ - miało istotny wpływ na wynik postępowania tj. wybór oferty najkorzystniejszej, orzeczono jak w sentencji,

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Bielsku Białej.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....