

Sygn. akt: KIO 2673/12

**WYROK**

**z dnia 18 grudnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2012 r. przez **Odwołującego** – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "Musli Klex" Sp. z o.o., ul. Hauke Bosaka 10, 25-217 Kielce, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Jednostka Wojskowa 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa,

przy udziale **Wykonawców**:

- A. FAMILY CATERING B..... M....., ul. Szczecińska 1, 81-326 Gdynia, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
- B. WITEX-HANDEL Sp. z o.o., ul. Hutnicza 40, 81-038 Gdynia, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "Musli Klex" z Sp. z o.o. z siedzibą Kielcach oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża Jednostkę Wojskową 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "Musli Klex" Sp. z o.o., z siedzibą w Kielcach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Jednostki Wojskowej Nr 4226 w Warszawie na rzecz Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowe "Musli Klex" Sp. z o.o., z siedzibą w Kielcach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Jednostka Wojskowa Nr 4226 w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę ziemniaków obranych sterylizowanych. Ogłoszenie postępowaniu zostało opublikowane dnia 3 października 2012 r.

Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe Musli Klex Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej: odwołujący) zarzucił zamawiającemu, iż przy ocenie ofert naruszył on art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej pzp) i niesłusznie odrzucił ofertę odwołującego bez dokonania poprawienia stwierdzone omyłki w ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp i w związku z tym bezprawnie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, poprawienia w formularzu ofertowym daty zakończenia realizacji dostaw, gdyż wskazana niezgodność powinna zostać uznana jako inna omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje

Zamawiający pismem z dnia 27.11.2012 r. poinformował o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy podając w uzasadnieniu faktycznym cyt;

„w formularzu oferty w załączniku nr 2 do SIWZ w punkcie 1 nastąpiła pomyłka polegająca na błędnym określeniu terminu realizacji”

Stwierdzona niezgodność przez Zamawiającego w ofercie z zapisami SIWZ to niemożność uznania jako innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, poprawienia daty zakończenia realizacji dostaw w ramach udzielonego zamówienia. Wskazany w formularzu oferty omyłkowy termin zakończenia dostaw powstał w wyniku dokonanej modyfikacji tego terminu przez Zamawiającego pismem z dnia 17.10.2012 r. w którym dokonano modyfikacji załącznik nr 2 (formularz oferty), str. 3 przez poprawienie terminu wykonania z 01.01.2013 do dnia 31.01.2013 roku. na 01.01.2013 do dnia 31.12.2013 roku.

Dokonana modyfikacja zmieniająca datę zakończenia dostaw prostowała omyłkę pisarską popełnioną przez Zamawiającego na etapie sporządzania SIWZ. Dlatego też dokonana zmiana terminu w obliczu pozostałych dokumentów w szczególności, SIWZ oraz załączników nr 1 i 7 do SIWZ ( opisu przedmiot zamówienia i wzór umowy) nie miała znaczenia w

ustaleniu czy termin zakończenia dostaw w formularzu ofertowym miał charakter omyłki, którą należało poprawić jako inna omyłka niepowodująca istotnej zmiany w treści oferty. Na wstępie formularza ofertowego widnieje oświadczenie wykonawcy,

że; przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę ziemniaków obranych sterylizowanych, dla Jednostki Wojskowej 4226, po zapoznaniu się z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferujemy wykonanie zamówienia po następujących cenach;”. W przywołanej SIWZ rozdział IV pkt. 1 precyzyjnie określono termin realizacji dostaw - „Zamawiający wymaga, aby zamówienie zostało wykonane w okresie: od 01.01.2013 - do 31.12.2013” zapis ten nie był modyfikowany i każdy Wykonawca składając ofertę miał świadomość, że dostawa będzie realizowana do 31.12.2013 r., a nie jak błędnie wskazano w załączniku nr 2 do 31.01.2013 r.

Również w formularzu ofertowym w pkt. 5 odwołujący wskazał, że Akceptujemy dołączone do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „Ogólne warunki umowy” i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na warunkach tam określonych. Przywołane zapisy w warunkach umowy wskazują że dostawy będą realizowane w okresie dłuższym niż 1 miesiąc, gdyż zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia zał. nr 2 do umowy, a zał. nr 1 pkt. 7 SIWZ zapisano, częstotliwość dostaw; - Realizacja dostaw 1 raz w miesiącu. Kolejne zapisy zawarte w umowie wskazujące na okres realizacji dłuższy niż omyłkowy zapis w formularzu ofertowym;

Miesięczna waloryzacja ceny w § 3 ust. 9, prawo 2-krotnego wykonania na koszt Wykonawcy badań kontrolnych w § 5 ust. 7 wskazuje, że umowa musiała by obowiązywać przez okres nie krótszy niż dwa miesiące, trzykrotnego zawinonego przez Wykonawcę uchybienia terminu dostaw w § 12 ust. 1 pkt.2 wskazuje że umowa musiała by obowiązywać przez okres nie krótszy niż trzy miesiące, również w § 12 ust. 2 wskazuje, że Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni.

Dokonując analizy czy niezamierzone pozostawienie przez odwołującego błędnej daty zakończenia dostaw w formularzu cenowym miał charakter błędu podlegającego poprawieniu należy wziąć pod uwagę również zapisy SIWZ rozdziału XII pkt.9 gdzie Zamawiający informuje, iż „w treści oferty Wykonawcy poprawi w szczególności:...”. Użyte sformułowanie w szczególności wskazuje, że podane omyłki mają charakter przykładowy, nie są wyczerpującym numeracyjnym i do ich skutków należy się odwoływać przy kwalifikowaniu innych popełnionych omyłek przez Wykonawców przed podjęciem decyzji czy podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy.

Zamawiający wskazał na kilka przykładów poprawy treści oferty, np. dwa z nich:

1. omyłki polegające na błędnym wpisaniu ilości jednostek lub nazwy jednostki miary w treści złożonego przez Wykonawcę wraz z ofertą formularza cenowego, dostosowując ich treść do

odpowiednich dokumentów wzorcowych zamieszczonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2. zamawiający wykreśli z formularza cenowego zdublowane pozycje pozostawiając tylko jedną z nich; - po wykreśleniu zdublowanych pozycji Zamawiający zsumuje wartości podane w pozostawionych pozycjach formularza cenowego i tak obliczoną cenę przyjmie jako cenę ofertową.

Przywołane przykłady dają Zamawiającemu prawo dokonania zmian w treść oświadczenia woli o wiele większym zakresie ingerencji niż poprawienie daty zakończenia dostaw, która jest wprost wskazana w SIWZ i oświadczyłem że cenę zaoferowałem w oparciu o ten dokument, który tą datę określa. Nielogiczne jest zachowanie Zamawiającego, który daje sobie prawo dokonania istotnych zmian w treści oferty, jak wykreślanie zdublowanych pozycji i przeliczenie w tym zakresie oferty, a uznaje za nie możliwe poprawienie daty zakończenia dostaw, gdzie sam w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty określił, że nastąpiła pomyłka polegająca na błędnym określeniu terminu realizacji". Jeżeli w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający sam wskazuje, że była to pomyłka, błąd, to dlaczego zaniechał jej poprawienia.

Jest wiele elementów w SIWZ, z których jednoznacznie wynika, że nie poprawienie zmodyfikowanej daty zakończenia dostaw miał charakter omyłki i Zamawiający samodzielnie bez udziału Odwołującego miał możliwość dokonania poprawienia tej daty wypełniając w ten sposób zobowiązania wynikające z dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Na poparcie stanowiska odwołujący powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wniósł o uwzględnienie odwołania i wskazał, że złożona przez niego oferta na analogicznym formularzu również została odrzucona przez zamawiającego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na postanowienie punktu 2.III.2 o zamówieniu oraz rozdział IV punkt pierwszy SIWZ, gdzie jednoznacznie określono czas trwania zamówienia od 1 stycznia 2013 r. do 31 grudnia 2013 r. Zauważył że wykonawcy zostali powiadomieni o zmianie treści formularza ofertowego z okresem realizacji - jak wyżej, na trzy tygodnie przed terminem składania ofert.

Stwierdził, że oświadczenie woli zawarte w ofercie obejmujące również okres realizacji jest jednoznaczny i stanowi istotny element oferty. Wskazał nadto na szczególny rodzaj przedmiotu zamówienia, tj. krótkotrwałego środka spożywczego. Na poparcie swojej argumentacji, dotyczącej niemożności poprawienia oświadczenia o terminie, przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 1965/09.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i uczestników złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odrzucenie oferty odwołującego się uniemożliwia mu bowiem ewentualne uzyskanie przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy złożył on najkorzystniejszą ofertę w przyjętym cenowym kryterium oceny ofert.

Oceniając zarzuty odwołania, skład orzekający uznaje je za uzasadnione. Stan faktyczny sprawy jest niesporny. Odwołujący złożył ofertę na dostawę ziemniaków obieranych sterylizowanych w czterech zadaniach na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Formularz ten na stronie trzeciej w punkcie pierwszym zawierał sformułowanie w brzmieniu: „Zamówienie stanowiące przedmiot niniejszego postępowania wykonamy w terminie od 01.01.2013 do dnia 31.01.2013 roku.” Oczywiście jest że wskazana tu przez zamawiającego data końcowa stanowiła omyłkę pisarską. Zamawiający w ramach modyfikacji treści siwz dokonanej dnia 17.10.2012 r. określił prawidłową datę tj. 31.12.2013 roku, natomiast nie wprowadził tej zmiany do samego druku formularza. Jak wynika z dokumentacji postępowania złożonej do akt sprawy odwoławczej, trzech wykonawcy, w tym odwołujący sporządzając oferty, posłużyli się drukiem formularza bez poprawienia go stosownie do decyzji zamawiającego o wyżej wskazanej modyfikacji. Zamawiający odrzucił te oferty jako niezgodnej w swej treści z treścią siwz, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp z uzasadnieniem faktycznym, w którym stwierdził, że w formularzu oferty w załączniku nr 2 do siwz w punkcie 1 nastąpiła pomyłka polegająca na błędnym określeniu terminu realizacji zamówienia.

Należy przy tym zauważyć, że zarówno z treści ogłoszenia, jak i postanowień siwz, jak i zaakceptowanych przez oferenta warunków umowy jednoznacznie wynikało, że terminem, w którym ma być realizowane zamówienie jest okres całego roku 2013, tj. od 1 stycznia do 31 grudnia 2013 r. i treści całej oferty oraz warunków realizacji zamówienia wynika, iż wykonawca złożył oświadczenie woli o realizacji zamówienia w oczekiwanym przez zamawiającego okresie. Powyższe okoliczności wskazują na zamiar i wolę złożenia oferty z wymaganym przez zamawiającego terminem realizacji zamówienia. Złożone na formularzu

oświadczenie należy zatem oceniać, zgodnie z zasadami wykładni oświadczeń woli, biorąc pod uwagę okoliczności w jakich zostało złożone oraz zamiar wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego popełniona przez wykonawcę pomyłka ma źródło w opisanej wyżej pomyłce zamawiającego, stąd też niezasadne jest obciążanie odwołującego negatywnymi skutkami złożenia oferty na formularzu autorstwa prowadzącego postępowanie.

Uznając zarzut odwołania za uzasadniony Izba nie podziela jednak argumentacji prawnej odwołującego, żądającego poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Opisaną omyłkę w ocenie składu orzekającego należy bowiem zakwalifikować jako oczywistą omyłkę pisarską i jak wyżej wskazano, wywołaną pomyłkowo czynnością zamawiającego, a podlegającą poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Z powyższych względów orzeczono, jak w sentencji uznając że oferta odwołującego została odrzucona niezasadnie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....