

Sygn. akt: KIO 946/14

WYROK
z dnia 23 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2014 r. przez Odwołującego **P..... F..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Centrum Promocji i Reklamy Remedia P..... F.....**, ul. Dolna 35, 85-212 Bydgoszcz w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Województwo Kujawsko-Pomorskie** - Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego, Pl. Teatralny 2, 87-100 Toruń

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej w Pakiecie B oraz nakazuje ponowne przeprowadzenie czynności oceny ofert w Pakiecie B.**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11.100 zł 00 gr. (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony 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 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 Toruniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Województwo Kujawsko-Pomorskie na *wykonanie, dostarczenie materiałów promocyjnych, zorganizowanie i przeprowadzenie akcji eventowej pn. Kujawsko-Pomorskie Wita* (Pakiet B, nr postępowania WZP.272.16.2014), wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu własnej oferty, wykonawca P..... F..... – Centrum Promocji i Reklamy Remedia P..... F..... (dalej Odwołujący) wniósł w dniu 13 maja 2014 r. do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 946/14).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że nie wystąpiły wskazane przez Zamawiającego okoliczności, gdyż oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Odwołujący wskazał jedną, ryczałtową cenę ofertową;
- 2) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechania żądania wyjaśnień od Odwołującego, w sytuacji w której Zamawiający miał wątpliwości co do treści złożonej oferty, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego pomimo, że nawet w przypadku uznania, że były to omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, to nie powodowały one istotnych zmian w treści oferty, a w konsekwencji Zamawiający mógł i miał obowiązek samodzielnie je poprawić;
- 4) art. 92 ust. 2 ustawy, poprzez brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, co miało wpływ na możliwość składania i zakres złożonego środka ochrony prawnej, a w konsekwencji mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Odwołującego, przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania o zamówienie publiczne, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej czyli oferty Odwołującego.

Zamawiający w dniu 8 maja 2014 r. przekazał Odwołującemu informację o unieważnieniu w pakietach A i C postępowania oraz o wyborze w pakiecie B oferty Partner of Promotion Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z 26.03.2014 r., poz. 101730.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza kwoty określonej w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) dla dostaw i usług, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów, Odwołujący wskazał na wadliwość czynności Zamawiającego, który nie powołując podstawy prawnej, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, wskazał, że treść oferty Odwołującego „nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca w swojej ofercie nie wskazał jednolitej kwoty za wykonanie projektu hostess tylko wskazał trzy opcje cenowe, co wiązałoby się ze zmianą kwoty zaoferowanej w formularzu ofertowym”. Z uwagi na zakres uzasadnienia Odwołujący domyśla się, iż podstawą tej oceny stanowiły zapisy załącznika nr 8 do oferty zawierającego projekt strojów hostess: „Projekt nie zawiera charakterystycznych haftów, jednak jest opcja by na strojach wyhaftować symbole/logotypy lub inne np. przy wykończeniach spódnicy (koszt dodatkowy). Projekt od najdroższej (1) propozycji do najtańszej (3) ze względu na użycie koronek lub koronkowych taśm”. Odwołujący podniósł, iż opis kosztów był informacją projektantki dla Odwołującego potrzebną przy kalkulacji ceny ofertowej i tylko na skutek omyłki znalazł się w załączniku do oferty. Odwołujący oświadczył, iż jest gotowy wykonać każdy z zaproponowanych strojów w cenie wskazanej w ofercie. Załącznik nr 8 stanowił jedynie koncepcję (wizualizację) strojów hostess w zakresie pakietu B, zgodnie z punktem V.2.4 siwz i nie zawierał określenia wynagrodzenia wykonawcy, które było ujęte w treści formularza ofertowego, jako wynagrodzenie ryczałtowe.

Stanowisko Izby

Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

treści oferty Piotra Florka Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało w części zarzutów na uwzględnienie.

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Uwzględniając zakres zarzutów, w których Odwołujący zmierza do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz wzruszenia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w pakiecie B, czynność Zamawiającego mogła naruszać interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz prowadzić do powstania szkody, przez pozbawienie wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia w części, w której złożył najtańszą ofertę.

Mając powyższe na uwadze, przy braku podstaw do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała zarzuty na posiedzeniu jawnym z uwzględnieniem poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustaleń faktycznych.

W uzasadnieniu decyzji o uznaniu oferty Odwołującego za niezgodną z treścią siwz w zakresie pakietu B Zamawiający wskazał, iż *„Wykonawca w swojej ofercie nie wskazał jednolitej kwoty za wykonanie projektu stroju hostess tylko wskazał trzy opcje cenowe co wiązało by się ze zmianą kwoty zaoferowanej w formularzu ofertowym”*. Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, iż rzeczywiście przyczyną, dla której uznał ofertę Odwołującego za niezgodną z treścią specyfikacji, były zapisy załącznika nr 8, w których Wykonawca wskazywał na zmianę kosztów w zależności od wybranej opcji, tj. *„Opcja by na strojach wyhaftować symbole/logotypy lub inne np. przy wykończeniach spódnicy (koszt dodatkowy).”*, a także *„Opcja b pozwala dobrać prywatną koszulę do pogody. Zarówno będzie pasować z krótkim, jak i długim rękawem. Koszt produkcji wówczas jest niższy”*. Zamawiający uznał, iż po wyborze jednej z zaproponowanych opcji Wykonawca oczekuje przystąpienia do negocjacji co do wysokości ceny i w oparciu o powyższe uznał, że oferta jest niezgodna z treścią siwz pkt II ppkt 6. Przywołany punkt siwz dotyczy *„Opisu przedmiotu zamówienia”* i stwierdzenia, iż *Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych*. W ramach wymagań stawianych wykonawcy opisanych w załączniku nr 3B (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia), Zamawiający zobowiązał Zleceniobiorcę między innymi do *zaprojektowania ciekawego stroju osób obsługujących stoisko. Strój powinien nawiązać do charakterystycznych elementów województwa kujawsko-pomorskiego przede wszystkim do partnerów projektu (Gminy Miasta Toruń, Miasta Bydgoszcz, Gminy Miasta Grudziądz,*

Powiatu Nakielskiego, Miasta Inowrocławia, Miasta Nieszawa). Projekty stroju powinny być dołączone do oferty. Wizualizacja strojów hostess do akceptacji Zleceniodawcy”.

W formularzu oferty Odwołujący w pakiecie B określił cenę oferty: „Razem: 48929,40 zł brutto (39780 zł. netto) słownie czterdzieści osiem tysięcy dziewięćset dwadzieścia dziewięć złotych 40/100.”

W załączniku nr 8 do oferty, Odwołujący przedstawił wizualizację trzech projektów strojów hostess z krótkim opisem oraz uwagami odnoszącymi się do kosztów produkcji w zależności od wariantu wykonania stroju, przez wskazanie na możliwość wykonania charakterystycznych haftów (koszt dodatkowy), czy też obniżenia kosztów produkcji przy wyborze projektu 1, 2 lub 3 bez koszuli – tylko spódnica i dodatki.

W świetle poczynionych ustaleń faktycznych Izba uznała, iż zarzuty formułowane przez Odwołującego zasługiwały na uwzględnienie w zakresie zarzutów opisanych w punktach 1, 2 i 4 odwołania.

Zamawiający bezpodstawnie uznał, iż w ofercie Odwołujący wskazał trzy opcje cenowe, co miało się wiązać ze zmianą kwoty zaoferowanej w formularzu ofertowym. Ocena ta nie znajduje odzwierciedlenia w treści oferty, tj. formularza ofertowego oraz załącznika nr 8 do oferty. Cena oferty brutto została określona jedną kwotą wynagrodzenia ryczałtowego, bez jakichkolwiek zastrzeżeń, czy też modyfikacji, mających zdaniem Zamawiającego wynikać z załącznika nr 8 do oferty. W ocenie Izby, interpretacja opisów projektów strojów hostess, które odnosiły się do kosztów produkcji, nie uzasadniała stwierdzenia, iż zawierały oświadczenie wykonawcy co do wysokości ceny ofertowej wskazanej w formularzu ofertowym. W żadnym z postanowień, nie ma odniesienia do ceny oferty brutto, co przy jej charakterze w przedmiotowym postępowaniu, czyniły zapisy nieistotnymi dla oceny oferty pod kątem zgodności z treścią siwz. Ponad wszelką wątpliwość uznać należało za wiążące i decydujące o zgodności oferty z siwz, oświadczenie Odwołującego zawarte w formularzu ofertowym, zarówno w przedmiocie wysokości ceny ryczałtowej brutto, jak i deklaracji uwzględnienia wszystkich kosztów wykonania zamówienia w cenie oferty (oświadczenie z pkt 3 formularza). Nie można pominąć, iż załącznik nr 8, z uwagi na charakter zawartych w nim informacji, stanowił jedynie podstawę weryfikacji spełnienia wymagań Zamawiającego stawianych wobec stroju osób obsługujących stoiska, a nie sposobu kalkulacji ceny. Zamawiający nie wymagał od wykonawców przedstawienia szczegółowej kalkulacji, a zatem wybiórcze informacje znajdujące się w załączniku nr 8, pozostawały obojętne dla oceny oferty pod kątem wysokości ceny ofertowej, która w sposób jednoznaczny wynikała z formularza ofertowego. Zamawiający nie wykazał w jaki sposób informacje odnoszące się do wysokości kosztów wpływały na wysokość ceny ofertowej, która jego zdaniem uległaby

zmianie w toku realizacji zamówienia. Ocena znaczenia tych postanowień, jaką przedstawił na rozprawie, w której wskazywał na potrzebę dalszych negocjacji ceny po wyborze projektu, miała jedynie walor dowolnych przypuszczeń, którym Odwołujący się sprzeciwił. Powyższe uzasadniało zatem przyznanie racji Odwołującemu, co do wystąpienia potrzeby zwrócenia się przez Zamawiającego o złożenie wyjaśnień, co pozwoliłoby na rzetelną ocenę oferty Odwołującego.

Izba uznała, iż uzasadnienie faktyczne decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty nie było pełne i stawiało Odwołującego w trudnej sytuacji, gdyż musiał domyślać się przyczyn negatywnej oceny. Wymóg uzasadnienia czynności nie może sprowadzać się do przytoczenia brzmienia przepisu. Zamawiający mówiąc o opcjach cenowych miał na myśli opisy odnoszące się do kosztów wykonania poszczególnych wizualizacji strojów, które nie były określone kwotowo, a tym samym nie było możliwe ustalenie, w jaki sposób wybór opcji miał wpływać na zmianę kwoty zaoferowanej w formularzu ofertowym. Cena w ofercie była bezsprzecznie określona kwotą brutto. Stąd uzasadnienie było niejasne i mogło wprowadzać w błąd Wykonawcę, a tym samym utrudniać podjęcie skutecznej obrony w postępowaniu odwoławczym. Zamawiający dopiero na rozprawie określił z jakim postanowieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia uznał ofertę Odwołującego za niezgodną, a które dotyczyło zakazu złożenia oferty wariantowej. Stanowiło to nową nieznaną Odwołującemu okoliczność, przeciwko której nie mógł podjąć skutecznej obrony w związku z zakresem zarzutów. Brak pełnego uzasadnienia, tj. wskazującego na istotne dla oceny okoliczności może mieć znaczenie dla ustalenia wyniku postępowania, tj. jego utrzymania. W sytuacji kiedy Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty nie wskaże wszystkich okoliczności, które miałyby znaczenie dla poprawności czynności, lub powoła okoliczności, które okażą się być niewystarczające, ocena czynności Zamawiającego może opierać się wyłącznie na weryfikacji okoliczności wskazanych w uzasadnieniu. W tym znaczeniu, braki w uzasadnieniu mogą mieć wpływ na wynik postępowania i prowadzić do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 92 ust. 2 ustawy. W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba uznała iż Zamawiający nie wskazał pełnego uzasadnienia faktycznego, co w sytuacji kiedy okoliczności wskazane w uzasadnieniu okazały się być niewystarczające dla stwierdzenia niezgodności oferty Odwołującego z siwz, stanowiło o naruszeniu ustawy mającym wpływ na wynik postępowania.

Izba oddalając zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy uznała, iż nie zachodziły omyłki w treści oferty Odwołującego, do których poprawienia Zamawiający byłby zobowiązany. Kwestionowane fragmenty opisu strojów, uwzględniając ryczałtowy charakter wynagrodzenia, nie miały waloru treści podlegającej ocenie pod kątem zgodności z siwz, gdyż Zamawiający nie wymagał prezentacji szczegółowej kalkulacji kosztów przyjętej do wyceny oferty.

Mając na uwadze powyższe wywody Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny oferty Odwołującego złożonej w pakiecie B oraz wyboru w tym pakiecie oferty najkorzystniejszej oraz nakazała powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w pakiecie B niepodlegających odrzuceniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 7,5 tyś zł. oraz wynagrodzenie pełnomocnika i obciążyła nimi Zamawiającego. Izba nie uwzględniła kosztów Odwołującego poniesionych w związku z jego dojazdem na posiedzenie, z uwagi na brak rachunku potwierdzającego ich wysokość.

Przewodniczący: