

WYROK

z dnia 10 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2015 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Agropol spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zajączkowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Sędziszów w Sędziszowie

orzeka:

- 1) uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Gminie Sędziszów w Sędziszowie unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, obejmującego unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Agropol spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zajączkowie;**
- 2) oddala odwołanie w pozostałym zakresie;**
- 3) kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Sędziszów w Sędziszowie, i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr [słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego - Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe Agropol spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zajączkowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego - Gminy Sędziszów w Sędziszowie na rzecz Odwołującego Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego Agropol spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zajączkowie kwotę 13 600 zł 00 gr [słownie: trzynastu tysięcy sześciuset 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 [tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Gmina Sędziszów w Sędziszowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Przebudowa drogi gminnej Nr 376012T Osiedle Na Skarpie - ul. Wodzisławska [ul. Rajska]”*. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – oszacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia wynosi 1 207 568,36 zł.

II. Zamawiający dokonał wyboru w postępowaniu najkorzystniejszej oferty, odrzucając zarazem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ofertę złożoną przez Agropol sp. z o.o. w Zajączkowie. W uzasadnieniu czynności Zamawiający podał, że uznał ofertę za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia [SIWZ], wskazując: *„Art. 89 ust 1 pkt 2 jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Błędnie został wypełniony formularz ofertowy w zakresie Kryterium oceny - okres gwarancji uniemożliwiający porównanie i ocenę oferty. Wg informacji na formularzu ofertowym należało wykreślić niepotrzebny zapis dot. okresu gwarancji pozostawiając nieskreślony okres gwarancji, który podlegał będzie porównaniu i ocenie ofert.”*

III. Odwołujący złożył odwołanie wobec odrzucenia własnej oferty, zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie kryterium wyboru oferty wskazanego jako okres gwarancji, zaniechania poprawienia stwierdzonej omyłki w zakresie oznaczonego w formularzu ofertowym okresu gwarancji w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy a także bezprawnego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy. Odwołujący postawił zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt. 3, oraz art. 91 ust. 1 ustawy. W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący postawił żądanie nakazania Zamawiającemu:

- 1) uchylecia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 2) uznania oferty odwołującego jako ważnej, gdyż nie przyznanie punktów w kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej nie może być podstawą odrzucenia tej oferty gdy takiego wymogu jako obowiązkowego nie określono w SIWZ,
- 3) uznania okresu 60 miesięcy gwarancji jako wiążącego lub uznanie „zaznaczenia” okresu gwarancji zamiast wymaganego „skreślenia” jako niezgodność która powinna zostać uznana w świetle art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy jako inna omyłka

- polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty,
- 4) z ostrożności - uznania zaznaczonego okresu jako skreślenia i przyjęcia, że zamiarem Odwołującego było udzielenie 84 miesięcy gwarancji [36+48],
 - 5) dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że niezgodność treści oferty ze SIWZ powinna w sposób bezsporny i jednoznaczny wynikać z treści SIWZ. Tymczasem według treści SIWZ, sposób spełnienia świadczenia nie był warunkowany udzieleniem bądź nie udzieleniem gwarancji jakości. Według treści SIWZ [rozdz. XIX pkt 3] - *Zamawiający ocenia i porównuje oferty złożone przez Wykonawców nie wykluczonych z postępowania oraz których oferty nie podlegały odrzuceniu*, co wskazuje na wniosek, iż etap oceny ofert w kontekście kryterium w postaci długości udzielonej gwarancji znajduje zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do tych wykonawców, którzy złożyli oferty ważne, to z kolei implikuje, iż kryterium długości udzielonej gwarancji nie może stanowić o odrzuceniu danej oferty, a jedynie o przyznaniu określonej ilości punktów. W przypadku oferty Odwołującego, nawet gdyby przyjąć, że nie udzielił on żadnej gwarancji, jego oferta nie powinna ulec odrzuceniu, a jedynie uzyskać mniejszą ilość punktów. Wbrew założeniu przyjętemu przez Zamawiającego, Odwołujący udzielił gwarancji 60 miesięcznej. Zaznaczenie w formularzu ofertowym wskazanego okresu winno podlegać procedurze wyjaśniającej z art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający co najmniej winien powziąć wątpliwość co do intencji złożenia oferty z określonym terminem gwarancji 60 miesięcznym oraz w konsekwencji był zobowiązany wystąpić do odwołującego z wezwaniem do, wyjaśnienia sprawy. Stan rzeczy nie uzasadniał natomiast automatycznego odrzucenia oferty. Zamawiający dokonując interpretacji treści ofert powinien w pierwszym rzędzie kierować się dyrektywami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z art. 65 kodeksu cywilnego, zatem winien uwzględniać cel złożenia oświadczenia, istotny sen i zamiar jaki leżał u podstaw złożenia oferty przez odwołującego: *„Wykładania oświadczenia woli powinna również uwzględniać cel w jakim zostało ono złożone oraz kontekst sytuacyjny. Okoliczności te mają, w ocenie Izby, doniosłość dla zrekonstruowania treści myślowych wyrażonych w oświadczeniu woli i pozwalają ustalić właściwy sens tego oświadczenia, niekiedy odmienny od dosłownego jego brzmienia, a nadto mieć należy na uwadze i uwzględnić, że przy wykładni oświadczenia woli postuluje się w doktrynie życzliwą interpretację wspomagającą uznanie czynności prawnej za ważną. Stosowanie takiej dyrektywy oznacza preferowanie takiego znaczenia oświadczenia woli, które pozwala na utrzymanie czynności prawnej i uznanie jej za zgodnej z prawem. Za*

przyjęciem takiej reguły przemawia przede wszystkim okoliczność, że z istoty swojej oświadczenie woli składane są po to, aby wywołać określone skutki prawne.” [wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-04-23 sygn. akt: KIO 667/14 oraz powołane w nim orzecznictwo Sądu Najwyższego: wyrok z dnia 26 listopada 2008 r., III CSK 163/08, Lex nr 479315; wyrok z dnia 17 grudnia 2008 r., I CSK 250/08, Lex nr 484668 oraz wyrok z dnia 20 stycznia 2011 r., I CSK 173/10, Lex nr 738379]. W tym kontekście powinno być jasne, że zaznaczając okres 60 miesięczny, intencją Odwołującego było udzielenie gwarancji o takiej właśnie długości. Zamawiający w każdym wypadku jednak miał obowiązek podjąć procedurę wyjaśniającą zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy. Zaniechanie tych czynności stanowiło naruszenie normy art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy w zw. z art. 65 kc, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania poprawienia i uznania tej omyłki jako innej polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W świetle utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego bez wyjaśnienia i poprawienia w trybie art. 87 ust. 1 i 2 ustawy. Odwołujący wskazał na stanowisko KIO wyrażone w wyrokach:

- o sygn. akt: KIO/UZP1156/10 z dnia 25 czerwca 2010 r.: *„Złożone na formularzu oświadczenie należy zatem oceniać, zgodnie z zasadami wykładni oświadczeń woli, biorąc pod uwagę okoliczności w jakich zostało złożone oraz zamiar wykonawcy.”*,

- o sygn. akt: KIO/UZP 112/10 z dnia 12 marca 2010 r.: *„Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty uznając, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli nie zbada treści oferty pod kątem możliwości dokonania poprawy w ofercie innych omyłek, określonych w art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Wyłączenie stosowania ww. przepisu stanowi naruszenie przepisu ustawy - Prawo zamówień publicznych, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a jednocześnie wadę postępowania, która mogłaby skutkować brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.”*,

- o sygn. akt: KIO/UZP 93/10 z dnia 9 marca 2010 r.: *„Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym [istotne zmiany] zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając*

wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty.”

- o sygn. akt: KIO/UZP 16/09 z dnia 23 stycznia 2009 r.: „Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych obliguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.”

Orzecznictwo dowodzi o obowiązku dokonania poprawienia [wyjaśnienia] omyłek w treści oferty, a zaniechanie tych czynności stanowi świadomą utratę korzyści przez Zamawiającego, gdyż Oferta odwołującego miała najniższą cenę. Niezależnie od tego, Zamawiający w stanie faktycznym sprawy nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego także z tego względu, iż uznając, że termin gwarancji 60 miesięczny został skreślony, oznaczać to mogło, że Odwołujący udzielił gwarancji 84 miesięcznej, bowiem pola z gwarancją 36 oraz 48 miesięcy pozostawione zostały bez zakreslenia, a Zamawiający w formularzu ofertowym pozbawił wskazania okresu gwarancji jakości innego niż sam wskazał, nawet bardziej korzystnego. Zgodnie ze sposobem rozumowania Zamawiającego w tych okresach łącznie Odwołujący udzielił gwarancji. Opisany stan rzeczy wymagał od Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w kontekście art. 65 kc. Celem działania Zamawiającego jak i wykonawców jest postępowanie ukierunkowane na udzielenie zamówienia na zasadzie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że:

- Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego, albowiem treść SIWZ nie przewidywała takiej konsekwencji nawet w przypadku nie udzielenia gwarancji. Natomiast wyznaczone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w postaci długości udzielonej gwarancji nie mogło stanowić podstawy odrzucenia oferty, a co najwyżej nie przyznanie punktów wg. tego kryterium,
- Zamawiający zobowiązany był przed zastosowaniem sankcji wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy podjąć postępowanie wyjaśniające z art. 87 ust. 1 ustawy, czego nie uczynił naruszając przepis art. 87 ust. 1 i. ust. 2 pkt 3 ustawy w zw. z art. 65 kc.

IV. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania, względnie o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PODSTAWY DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA

Nie podzielono wniosku złożonego przez Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy, uzasadnionego tym, że dokonanie poprawy okresu gwarancji w sposób postulowany przez Odwołującego [na 36 lub 48 miesięcy] nie pozwoli mu na uzyskanie zamówienia, bowiem w takim wypadku Odwołujący uzyska w ogólnej klasyfikacji niższą ilość punktów niż oferta wybranego wykonawcy. Zamawiający wspomniany wniosek odniósł wprost do braku legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania oraz treści art. 179 ust. 1 ustawy. Tego rodzaju argumentacja może służyć ocenie istnienia przesłanek materialnoprawnych, o których stanowi art. 179 ust. 1 ustawy, nie stanowi jednak podstawy do odrzucenia odwołania. Ponadto, Zamawiający w swojej argumentacji zdaje się nie dostrzegać, że Odwołujący postulował wskazaną poprawę jedynie „z ostrożności”, zaś zasadniczo wywodził, że jego oferta jest ważna i nie powinna zostać odrzucona, zaś zaoferowanym okresem gwarancji jest okres 60 miesięcy, w takim zaś wypadku nie sposób odmówić Odwołującemu istnienia przesłanek materialno prawnych.

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów – tych, które zmierzają do wykazania, że zaoferowany został okres gwarancji 60 miesięcy, a w konsekwencji - uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

III. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Osią sporu, wyznaczoną zakresem zarzutów postawionych w odwołaniu jest kwestia, czy oferta złożona przez Odwołującego trafnie została uznana za podlegającą odrzuceniu. W rozstrzygnięciu postępowania Zamawiający podał następujące uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego:

„Art. 89 ust. 1 pkt 2 jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia,

Błędnie został wypełniony formularz ofertowy w zakresie Kryterium oceny – okres gwarancji uniemożliwiający porównanie i ocenę oferty. Wg informacji na formularzu ofertowym należało wykreślić niepotrzebny zapis dot. okresu gwarancji pozostawiając nieskreślony okres gwarancji, który podlegał będzie porównaniu i ocenie ofert”.

Po pierwsze, zwrócić trzeba uwagę, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie tego przepisu konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ.

Po drugie, nie sposób tracić z pola widzenia kwestii, czym jest oferta składana w postępowaniu o zamówienie publiczne. Oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia. Natomiast treść SIWZ to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia potrzebom zamawiającego. Ich porównanie [opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy] przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Po trzecie, nie sposób przyjąć, że oświadczenie w przedmiocie zaoferowanego okresu gwarancji nie jest kwalifikowane w kontekście zgodności lub nie z SIWZ. Wbrew odmiennemu stanowisku Odwołującego, uznać należy, że skoro Zamawiający uczynił okres gwarancji jednym z kryteriów oceny oferty, narzucając w treści formularza ofertowego trzy okresy gwarancji, jakie wykonawca mógł zaoferować [36, 48 albo 60 miesięcy], to postawił wymaganie, by wykonawca zaoferował – wedle swego uznania - jeden z tych okresów.

Jakikolwiek, spośród tych trzech okresów okres gwarancji był wymaganiem wynikającym z SIWZ, nie jest więc tak, że wykonawca miał możliwość niezaoferowania okresu gwarancji któregoś spośród trzech wskazanych przez Zamawiającego.

Tym samym, rzeczą wykonawcy ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie było zaoferowanie jednego z tych trzech okresów gwarancji, zaś niezaoferowanie żadnego z nich mogło być rozważane przez pryzmat niezgodności oferty z SIWZ.

Po czwarte, Zamawiający ukształtował zasady prezentacji przez wykonawców przedmiotu oferty oraz oświadczeń na tę ofertę się składających. W rozdziale XIX ust. 3 pkt 2) SIWZ Zamawiający opisał reguły oceny ofert, przewidując dwa kryteria oceny ofert: cenę, któremu to kryterium nadał znaczenie 90 % oraz okres gwarancji, któremu nadał znaczenie 10 %. Zamawiający postanowił w SIWZ, że przyzna: dla okresu gwarancji 36 miesięcy – 3 pkt, dla okresu gwarancji 48 miesięcy – 5 pkt oraz dla okresu gwarancji 60 miesięcy – 10 pkt. Zamawiający opracował także formularz ofertowy, który zawierał specjalne miejsce do wskazania ceny oczekiwanej za realizację zamówienia a także mający postać tabelaryczną schemat podania oferowanego okresu gwarancji, zawierający trzy komórki, gdzie w każdej z nich podano jeden z trzech podlegających punktacji okresów gwarancji: 36, 48 oraz 60 miesięcy. Jednocześnie, Zamawiający ów schemat podania oświadczenia o oferowanym okresie gwarancji opatrzył „*” odwołującą się do zawartego na kolejnej stronie, na końcu formularza pouczenia, że niepotrzebną część informacji należy skreślić. Tym elementom formularza ofertowego Zamawiający nadał następujący kształt:

„Okres gwarancji *:

<i>36 miesięcy</i>	<i>48 miesięcy</i>	<i>60 miesięcy</i>
--------------------	--------------------	--------------------

[...]

* *niepotrzebne skreślić*”

Po piąte, dostrzeżenia wymaga, że tak opisane zasady prezentacji tej części oferty, która odnosiła się do oferowanego okresu gwarancji, podporządkowane zostały nie umożliwieniu zaoferowania przez wykonawców dowolnego oferowanego okresu gwarancji [w całym spektrum możliwych okresów gwarancji, a nie tylko w trzech narzuconych przez Zamawiającego „na sztywno” okresach tej gwarancji] ale zamierzeniu ułatwienia podstawienia przez Zamawiającego okresów gwarancji do punktacji przyjętej w kryterium pozacenowym i odpowiadającej temu kryterium jednej z trzech możliwych punktacji. Powyższe przemawia za stwierdzeniem, że założeniem Zamawiającego jest w tym wypadku

nie umożliwienie zaofierowania okresu gwarancji, jaki wykonawca gotów jest Zamawiającemu zaofierować w ramach swych możliwości, ale uczynienie zadość obowiązkowi ustalenia wymaganego w treści art. 91 ust. 2 ustawy dodatkowego - poza ceną – kryterium. Do takiego wniosku skłania narzucenie trzech jedynie okresów gwarancji, w ramach których każdy wykonawca mógł wybierać zaznaczając odpowiednią opcję w formularzu ofertowym oraz przypisanie każdemu z tych okresów określonej punktacji. Zamawiający tym samym nie dał możliwości zaofierowania okresów pośrednich pomiędzy tymi trzema okresami gwarancji, pozostawiając tym samym otwartą i nierozstrzygniętą kwestię, związaną z oceną ofert, które będą odbiegać od tego schematu trzech okresów gwarancji. Próba uchronienia się przed sytuacją zaofierowania innego okresu gwarancji, która w tym postępowaniu przybrała postać opracowania przez Zamawiającego formularza, mającego eliminować ryzyko odstępstw przez wykonawców od tych trzech narzuconych okresów gwarancji, polegająca na wymuszeniu zaznaczenia jednego z trzech podanych okresów gwarancji, w formule skreślenia pozostałych dwóch okresów w pewnym stopniu może sprzyjać realizacji tego celu, nie powinna jednak stanowić wartości samej w sobie. W tym miejscu należy powołać stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 roku [sygn. akt X Ga 23/07], zgodnie z którym „*formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy [...]*”.

Warto następnie przypomnieć, że wszelkiego rodzaju formularze, wzorce oświadczeń ofertowych, mogą służyć ułatwieniu prezentacji przez wykonawców w postępowaniu treści składanych oświadczeń, mogą też zawierać określone informacje, które będą kierować uwagę wykonawcy na istotne informacje, które należy w ofercie wyartykułować jak również zawierać określony sposób, ścieżkę prezentacji oświadczenia woli składających się na ofertę w postępowaniu, nie wyłączają jednak obowiązku Zamawiającego odczytania i ustalenia treści oświadczenia woli wykonawcy. Obowiązek ten wynika z treści art. 87 ust. 1 ustawy, nakazującego wyśnienie treści oferty oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, obligującego do dokonania poprawy dostrzeżonej przez zamawiającego niezgodności oferty z treścią SIWZ.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający nie wprowadził postanowień sanacyjnych, eliminujących wątpliwości co do treści oświadczenia woli wykonawców w przedmiocie zaofierowanego okresu gwarancji, na okoliczność takiego jego podania, które nie dałoby się w sposób prosty i jednoznaczny podciągnąć pod jedną z trzech możliwych punktacji, licząc że opracowany formularz wyeliminuje takie pomyłki, nieścisłości czy - przede wszystkim – odstępstwa od schematu osadzonego w jednej z trzech możliwych odpowiedzi

[36, 48 albo 60 miesięcy]. Zamawiający nie przewidział też ścieżki własnego postępowania i oceny ofert na okoliczność, przykładowo, nie zaznaczenia żadnej z tych odpowiedzi, podania okresu gwarancji wybiegającego poza zakres czasowy okresu gwarancji [mniejszego niż 36 miesięcy, nie zaoferowania go wcale, albo przekraczającego 60 miesięcy], czy nawet wskazania tego okresu mieszczącego się w zakresie pomiędzy 36 a 60 miesięcy, ale nie wpisującego się w żaden z trzech narzuconych okresów [przykładowo wskazania jako tego okresu 40 miesięcy]. Ryzyka zaistnienia tego rodzaju sytuacji nie niweluje opracowanie formularza z trzema możliwymi odpowiedziami: nie może bowiem stanowić podstawy do formułowania negatywnych konsekwencji dla wykonawcy fakt odstępstw od kształtu i treści tego formularza, jeśli samo oświadczenie da się wyczytać z treści oferty. Zresztą i w tym postępowaniu jeden z wykonawców – najwyraźniej mając wątpliwość co do najbardziej czytelnej i nie budzącej wątpliwości prezentacji swego oświadczenia - usunął w całości tabelę, wpisując samodzielnie oferowany okres gwarancji 36 miesięcy, co też Zamawiający zaakceptował. Stąd zasadnym jest wniosek, że pożądane jest wprowadzenie do SIWZ - szczególnie wobec obowiązku zastosowania dodatkowego poza ceną kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty - takich postanowień, które określą skutki odstępstw od schematu przełożenia oświadczeń ofertowych na przyznaną punktację, takich jak przykładowo:

- wskazanie, że w razie niepodania jakiegokolwiek wartości w ramach cechy lub oświadczenia podlegającego punktacji w danym kryterium, zamawiający przyjmie za zaoferowaną tę wartość, która odpowiada najniższej z punktowanych wartości i dokona w ten sposób poprawy oferty [albo przyzna 0 pkt, czy też uzna w takim wypadku, że tego rodzaju wartość, parametr nie został zaoferowany, a w konsekwencji – że dokona odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy],

- zamieszczenie w SIWZ postanowień, jaką wartość Zamawiający przyjmie, gdy wykonawca zaoferuje wartość wykraczającą poza zakres przewidzianych wartości, przykładowo, że w razie podania wartości niższej lub wyższej od wskazanych w SIWZ, przyjmie za zaoferowaną odpowiednio najniższą albo najwyższą wartość, z przewidzianych w SIWZ i możliwych do zaoferowania wartości [albo uzna w takim wypadku, że tego rodzaju wartości, parametru nie zaoferowano, a w konsekwencji – dokona odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy],

- opisanie w SIWZ mechanizmu postępowania w razie podania wartości pośrednich, nie mieszczących się w podanych przez zamawiającego wartościach, przykładowo, że zamawiający przyjmie w takim wypadku wartość najbliższą wartości zaoferowanej, spośród tych, jakie w SIWZ przewidziano w ramach przedziałów podlegających punktacji,

zaokrąglając zaoferowaną wartość w dół do pełnych jednostek do wartości przewidzianej w SIWZ.

Prowadzone postępowanie ujawniło, że niekiedy pożądanym będzie także określenie skutków odstępstw po charakterze formalnym od schematu prezentacji oferty przewidzianego w formularzu ofertowym, przykładowo wyartykułowanie oświadczeń w inny sposób niż rekomendowany czy określony w SIWZ.

Nie sposób bowiem nie dostrzec na gruncie analizowanego postępowania, że wśród dwunastu wykonawców, którzy złożyli swoje oferty, przynajmniej kilku z nich [w tym Odwołujący, ale także inni wykonawcy] przyjęło różne konwencje wypełnienia formularza ofertowego, który – jakby się mogło wydawać – miał służyć ułatwieniu wykonawcom zadania podania okresów oferowanej gwarancji i eliminować pomyłki. Formuła odstąpienia przez różnych wykonawców od tego schematu była różna: część wykonawców odczytała pouczenie Zamawiającego i skreślała zawartość dwóch komórek tabeli pozostawiając tę, która odpowiadała oferowanemu okresowi gwarancji; byli też tacy, którzy skreślali dwie komórki tabeli i zakreślali trzecią; jeden z wykonawców usunął w całości tabelę, wpisując słownie oferowany okres gwarancji; kolejny nie skreślał żadnej z komórek tabeli ale zakreślił oferowany okres oraz dodatkowo dopisał słownie ten sam okres, inny jeszcze nie skreślając żadnej wartości zakreślił „w kółeczko” wybrany przez siebie okres. Odwołujący także nie skreślił żadnej z komórek tabeli, ale metodą właściwą głosowaniu w wyborach postawił w komórce zawierającej wskazanie 60 miesięcznego okresu gwarancji krzyżyk [„x” tuż poniżej wartości „60 miesięcy” w ostatniej komórce tabeli], który Zamawiający odczytywał jako skreślenie tej wartości, a w którym sam Odwołujący upatrywał zaznaczenia wybranego okresu gwarancji.

Powyższe wskazuje, że mający ułatwić prezentację jednego z trzech okresów gwarancji mechanizm okazał się zawodny, a w każdym razie lektura dwunastu ofert złożonych w postępowaniu utwierdza w przekonaniu, że wykonawcy mieli problem w uchwyceniu właściwego sposobu zaznaczenia właściwej informacji, skoro sposób wypełnienia formularza tak bardzo się między nimi różnił i w istocie niektórzy wykonawcy zdecydowali się na jego samodzielną modyfikację eliminującą jakiegokolwiek wątpliwości co do zaoferowanego okresu. Wyrazem tego jest także, że dwie oferty zostały odrzucone z powodu niewskazania w sposób właściwy okresu oferowanej gwarancji: oferta Odwołującego a także oferta tego wykonawcy, który nie skreślił żadnej z dwóch komórek tabeli a jedynie zaznaczył trzecią komórkę „obwódką”, mimo, że przynajmniej w tym drugim wypadku nie mogło być cienia wątpliwości co do dokonania wyboru właściwej opcji a jedyna niedoskonałość działania

tego wykonawcy polegała na nie skreśleniu innych wartości a zamiast tego zaznaczeniu tej wybranej.

Finalnie Zamawiający dokonał oceny ofert w tym zakresie w ten sposób, że odrzucił ofertę Odwołującego, a także tego wykonawcy, który nie skreślając żadnej pozycji zakreślił „obwódka” oferowany okres gwarancji, uznając te dwie oferty za niezgodne z SIWZ. Jednocześnie Zamawiający nie odrzucił tej oferty, w której wprawdzie wykonawca nie skreślił żadnej z pozycji, ale podkreślił tę wybraną oraz dodatkowo dopisał słownie „36 miesięcy” [oferta nr 10] oraz oferty w której w formularzu nie zawarto wcale tabeli z trzema wartościami, ale w której słownie podano: „okres gwarancji: 60 miesięcy” [oferta 6].

Nie sposób w tym miejscu pomijać, że istotnie, postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem prowadzonym w warunkach profesjonalnych, zaś od wykonawców zasadniczo jest oczekiwany odpowiedni stopień rozeznania i starannego zapoznania i przeanalizowania dokumentów postępowania, niemniej to postępowanie jest postępowaniem tzw. poniżej progów o relatywnie – jak na roboty budowlane – niskiej wartości, adresowanym tym samym także do małych przedsiębiorców, których płaszczyzną działalności są niewielkie przedsięwzięcia budowlane, nie zaś lawirowanie w skomplikowanych i niejednokrotnie trudnych do uchwycenia formułach prawnych i sztywnych formalizmach. Tym bardziej łatwo w takim wypadku o niezrozumienie instrukcji Zamawiającego zawartych w dokumentacji postępowania. Ponadto, samym tego rodzaju instrukcjom nie sposób przyznawać znaczenia tego rodzaju, że odstępstwo od nałożonej konwencji wypełnienia formularza - przewidzianego dla usprawnienia postępowania, w tym przede wszystkim – ułatwienia wykonawcom prezentacji ich ofert, może skutkować odrzuceniem oferty.

Błędy popełniane przez wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne nie są bowiem rzadkością. Przeciwnie, w postępowaniu rządzącym się sformalizowanymi regułami jakim jest postępowanie o zamówienie publiczne wszelkiego rodzaju błędy są relatywnie często spotykane. Dostrzegł to także ustawodawca ujmując w przepisy zawarte w art. 87 ust. 2 ustawy możliwość poprawienia błędów w ofercie a także wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Intencją ustawodawcy było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu art. 87 ust. 2 ustawy wynika ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych

które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Zamiar ten ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy *Prawo zamówień publicznych* w sposób następujący: „*W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych [art. 87 ust. 2]. Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.*”

W konsekwencji, nie można przyjąć, że odstępstwo od sposobu wypełnienia formularza oferty, wskazującego na trzy możliwe opcje – okresy gwarancji, z których wykonawca miał dokonać wyboru jednej i zaznaczyć w sposób określony przez Zamawiającego, to jest przez skreślenie dwóch niewłaściwych okresów gwarancji, tak by pozostał ten, który wykonawca gotów jest zaoferować, winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy, jeśli możliwe jest ustalenie zamiaru wykonawcy co do treści oferty.

W analizowanej sprawie Zamawiający odrzucił dwie oferty, w których okres gwarancji określono w sposób inny niż poprzez skreślenie nieodpowiadających wykonawcy opcji okresów gwarancji, choć był w stanie wyczytać z nich zaoferowany okres. Jednocześnie Zamawiający nie odrzucił tej oferty, w której wykonawca nie skreślił żadnej wartości, ale

podkreślił tę właściwą oraz dodatkowo dopisał słownie „36 miesięcy” [oferta nr 10], co dowodzi, że to nie kwestia niezastosowania się do instrukcji wypełnienia formularza [obowiązku wykreślenia zbędnych informacji] była powodem odrzucenia ofert [choć literalnie z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego a także oferty nr 7 wynika, że właśnie to było powodem odrzucenia obu ofert]. Powodem odrzucenia tych ofert nie była więc niejasność ich treści i niepewność, który z możliwych trzech okresów gwarancji miał zostać zaoferowany skoro w przypadku oferty nr 7 [tej, w której wykonawca nie wykreślił żadnej możliwości ale zakreślił „obwódka” tę wybraną] dokonany wybór okresu gwarancji przez wykonawcę nie budzi wątpliwości. Powyższe czyni ocenę Zamawiającego uznaniową i w istocie opartą na sferze formalnej – sprowadzającej się do niewykreślenia nieodpowiadających wykonawcy okresów oferowanej gwarancji. Do takiego wniosku prowadzi lektura uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

Poddając następnie analizie treść oferty Odwołującego w spornym, wyznaczonym podniesionymi zarzutami oraz czynnością Zamawiającego zakresie, dostrzeżenia wymaga, że z treści formularza ofertowego Odwołującego wynika – wbrew stanowisku Zamawiającego – intencja wykonawcy. Oczywistym jest, że wykonawca mógł zaoferować jeden tylko okres gwarancji spośród trzech możliwych opcji wskazanych przez Zamawiającego, dokonując wyboru między 36, 48 i 60 miesięcy. Nie jest bowiem możliwym, z logicznego punktu widzenia, zastosowanie do roboty budowlanej będącej przedmiotem oferty jednocześnie dwóch różnych okresów gwarancji. Odwołujący spośród tych trzech opcji zaznaczył jedną, to jest tę, gdzie podano 60 miesięcy. Sposób tego zaznaczenia: skreślenie niewłaściwych z punktu widzenia oświadczenia wykonawcy okresów, zaznaczenie „kółeczkiem” albo w inny sposób tego właściwego okresu, czy podanie go samodzielnie jest bez znaczenia. Istotne jest, by z zawartego w treści oferty komunikatu Zamawiający był w stanie wyczytać intencję wykonawcy, niezależnie od formalnego aspektu, w jaki sposób to oświadczenie zostanie wyartykułowane.

Zaznaczenie – tak jak uczynił to Odwołujący – krzyżykiem „x” jednej z komórek, w warunkach gdy każdorazowo intencją wykonawcy zamierzającego złożyć podlegającą ocenie ofertę w tym postępowaniu musiało być zaoferowanie jednego z trzech możliwych okresów gwarancji nie może być odczytywane inaczej, niż zaoferowanie właśnie okresu gwarancji podanego w zaznaczanej komórce tabeli. W okolicznościach analizowanej sprawy, nie sposób tego traktować jako skreślenia jednej z opcji. Za taką oceną przemawia możliwość wyboru jednej tylko opcji spośród trzech; fakt, że mamy do czynienia nie z oczywistym skreśleniem [przekreśleniem komórki, czy zamieszczonego w niej tekstu], ale

raczej postawieniem znaku „x” pod zapisem „60 miesięcy” aniżeli na nim [co można byłoby rozważać przez pryzmat skreślenia]; zwyczajem i funkcjonowaniem w obrocie [przykładowo, w systemie wyborczym] możliwości zaznaczenia wybranej, właściwej opcji określonym znakiem [„x” czy „✓”]. Powyższe przemawiało za tym, że w świetle okoliczności w których złożone zostało oświadczenie o zaoferowaniu przez Odwołującego okresu gwarancji, należało je odczytywać nie jako skreślenie opcji „gwarancja 60 miesięcy”, bez jednoznacznego wskazania oferowanego okresu gwarancji, ale jako zaznaczenie gwarancji 60 miesięcy.

Powyższe – jeżeli pozostawiało po stronie Zamawiającego niedosyt informacyjny i jakiegokolwiek wątpliwości, mogło i powinno było być w toku postępowania o zamówienie publiczne przedmiotem wyjaśnienia tej kwestii na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Jednoznaczne stanowisko, wyartykułowane przez osoby reprezentujące wykonawcę, potwierdzające zawartość oferty pozwoliłoby Zamawiającemu na wyeliminowanie ewentualnego ryzyka uchylania się przez wykonawcę od treści złożonego oświadczenia. Aktualnie, wobec pewności co do tego oświadczenia oraz co do intencji wykonawcy w tej mierze, wynikających z treści i faktu złożenia odwołania i wyartykułowanych w nim oświadczeń, tego rodzaju wystąpienie do wykonawcy jest zbędne.

Podzielając zatem stanowisko Odwołującego co do braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z tego powodu, że wykonawca nie skreślił pozostałych dwóch, nie odpowiadających jego oświadczeniu okresów oferowanej gwarancji, orzeczono o nakazaniu Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Dalsze czynności zmierzające do ustalenia treści oferty w spornym zakresie [związanym z okresem oferowanej gwarancji], takie jak wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy albo jej poprawienie w oparciu o treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy są zbędne, skoro ustalone zostało, że okres oferowanej przez tego wykonawcę gwarancji wynosi 60 miesięcy.

Tym samym, wobec nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a w konsekwencji – także art. 7 ust. 1 i 3, oraz 91 ust. 1 ustawy. Pozostałe zarzuty – te dotyczące naruszenia art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt. 3 w związku z zaniechaniem wyjaśnienia treści oferty a także z ostrożności procesowej – jej poprawienia, wobec uznania na obecnym etapie braku potrzeby ustalania treści oferty, to jest stwierdzenia, że zaoferowany okres gwarancji wynosi 60 miesięcy, okazały się bezprzedmiotowe, wobec czego odwołanie w tej mierze podlegało oddaleniu.

Mając na względzie powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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]. Uwzględniono wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów reprezentacji w postępowaniu odwoławczym przez pełnomocnika w kwocie maksymalnie dopuszczalnej [3 600 zł] na podstawie rachunku złożonego na tę okoliczność.

Nie uwzględniono kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego w wysokości 298,80 zł, z uwagi na nieprzedstawienie dowodu poniesienia tego wydatku w postaci rachunku dokumentującego jego poniesienie. Nie uwzględniono kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę pełnomocnika Odwołującego na podstawie faktury wystawionej przez kancelarię prowadzoną przez pełnomocnika na rzecz Odwołującego, z uwagi na to, że nie zostało wykazane, że mocodawca jest zobowiązany do ponoszenia kosztów dojazdu [nie złożono, przykładowo polecenia wyjazdu służbowego – delegacji, czy też umowy, z której by wynikał taki obowiązek]. Nie jest w szczególności wymagany rachunek zamieszczenie w fakturze wystawionej przez pełnomocnika na rzecz Odwołującego kwoty z tytułu kosztów dojazdu.

Skład orzekający: