

WYROK

z dnia 22 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ewa Sikorska**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2016 r. przez wykonawcę **ENVIROTECH Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie**

przy udziale wykonawców: **W.B. i H.B.**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Samodzielnemu Publicznemu Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu w Szczecinie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego **ENVIROTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **ENVIROTECH Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego w Szczecinie** na rzecz **ENVIROTECH Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych), 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 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę i modernizację głębinowego ujęcia wody wraz ze stacją uzdatniania wody i hydrofornią oraz zewnętrznej instalacji wodociągowej, sieci kanalizacyjnej, sanitarnej i deszczowej w Samodzielnym Publicznym Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Szczecinie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 7 września 2016 roku wykonawca ENVIROTECH Sp. z o.o. w Poznaniu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności podjętych i zaniechanych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, postępowaniu polegających na:

- bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p.,
- zaniechaniu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego, która to oferta nie podlegała odrzuceniu oraz przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że jego interes prawny i faktyczny we wniesieniu niniejszego odwołania związany jest z okolicznością faktyczną, iż złożył w przedmiotowym postępowaniu ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, a jednocześnie oferta ta, przedstawiając najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, była ofertą najkorzystniejszą. Cena oferty wynosiła 307.500,00 zł brutto, natomiast zaoferowany termin płatności za realizację przedmiotu zamówienia (licząc od daty dostarczenia faktury) wynosił 21 dni. Tymczasem to oferta spółki FASADA s.c. W.B., H.B. z siedzibą w Szczecinie uzyskała największą liczbę punktów (100 pkt., w tym 93 pkt. w kryterium „cena” oraz 7 pkt. w kryterium „termin płatności”), przy czym oferta ta zawierała cenę znacznie wyższą aniżeli zaproponował odwołujący (429.270,00 zł brutto). Według odwołującego - przy zastosowanych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert (cena: 93%, termin płatności - 7%) - to oferta złożona przez odwołującego winna była zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p., poprzez jego wadliwe zastosowanie, skutkujące dokonaniem bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego pomimo tego, iż oferta ta była w pełni zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) i jako taka nie podlegała odrzuceniu,

2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., poprzez dokonanie wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę - FASADA s.c. W.B., H.B., z pominięciem oferty odwołującego, która nie podlegała odrzuceniu i przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów dotyczących przedmiotu zamówienia, które to pominięcie stanowiło naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji;

W związku z odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez spółkę FASADA s.c. W.B. oraz H.B.,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu złożonej przez odwołującego - zgodnie z przepisami prawa oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w dniu 02.09.2016 roku otrzymał zawiadomienie o wyniku postępowania, z której powziął informację o podjętej przez zamawiającego czynności związanej z wyborem najkorzystniejszej oferty złożonej przez spółkę FASADA s.c. W.B., H.B., z siedzibą w Szczecinie. Jednocześnie z zawiadomienia odwołujący dowiedział się o odrzuceniu jego oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p. W jego ocenie. rozstrzygnięcie zamawiającego okazuje się być wadliwe i jako takie podlega zaskarżeniu.

Odwołujący podniósł, że z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że „Złożona przez Wykonawcę oferta wskazuje w formularzu ofertowym płatność przelewem za realizację przedmiotu zamówienia w terminie 21 dni od daty prawidłowo sporządzonej faktury, po uprzednim końcowym odbiorze przedmiotu zamówienia. Zamawiający zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu publicznym oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia (rozdział XIII Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert), przyjął następujące kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej: cena - 93% i termin płatności - 7% wskazując, że maksymalny termin płatności to 60 dni, a minimalny termin to 30 dni. W związku z powyższym Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1

pkt. 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Odwołujący podniósł, że iż w treści s.i.w.z. w żadnym miejscu zamawiający nie sprecyzował on ograniczenia co do minimalnego terminu płatności. Na stronie 11 s.i.w.z. (rozdział XIII) wskazane jest jedynie, iż „maksymalny termin płatności - 60 dni, minimalny termin dostawy - 30 dni”.

W ocenie odwołującego, w błędzie pozostaje zatem zamawiający, twierdząc, iż sformułował w treści SIWZ jednoznaczny wymóg co do minimalnego terminu płatności. Oznacza to, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu - w świetle zapisów s.i.w.z. - dysponowali pełną swobodą w zakresie wskazywania minimalnego terminu płatności. Jedynym faktycznym ograniczeniem była pełna świadomość, iż najwyżej punktowane będą oferty zawierające najdłuższy termin płatności za realizację przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie jednak nie doszło do niezgodności oferty złożonej przez odwołującego z treścią s.i.w.z., co stanowiło podstawę odrzucenia tejże oferty z przedmiotowego postępowania.

Odwołujący podniósł, że – nawet jeżeli w przedmiotowym postępowaniu doszło do omyłki ze strony zamawiającego, który być może zamiast wprowadzenia minimalnego terminu dostawy zamierzał wprowadzić ograniczenie co do minimalnego terminu płatności za realizację zamówienia - nie ulega wątpliwości, iż tego nie uczynił i taka omyłka nie może skutkować żadnymi negatywnymi konsekwencjami wobec wykonawców biorących udział w postępowaniu. W świetle ugruntowanego stanowiska w orzecznictwie - wszelkie nieścisłości i niejasności s.i.w.z. należy interpretować na korzyść wykonawców. Takie stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w następujących wyrokach: z dnia 29 sierpnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 844/08, w wyroku z 17 grudnia 2007 r., sygn. akt: KIO/UZP 1404/07, czy też w wyroku z dnia 11 września 2014 r. (sygn. akt: KIO 1786/14). W ocenie odwołującego zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., statuującego zasadę przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. w brzmieniu: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 września 2016 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, że pod wzorem obrazującym sposób przyznania punktów w kryterium „termin płatności” znalazła się dodatkowa uwaga: „maksymalny termin płatności - 60 dni, minimalny termin dostawy-30 dni.”

W ocenie Zamawiającego, nie ma wątpliwości, że poza ceną zamawiający zastosował, jako drugie kryterium z wagą 7% - termin płatności, wyznaczając jednocześnie granice, w których mogą, składając oferty, poruszać się Wykonawcy - te granice to maksymalnie 60 i minimalnie 30 dni.

Zamawiający przyznał, że w uwadze umieszczonej pod wzorem wskazującym sposób przyznania punktów za kryterium „termin płatności” użyto omyłkowo sformułowania „minimalny termin dostawy - 30 dni”, ale w oparciu o analizę całości zapisów dotyczących kryteriów, zarówno zawartych w ogłoszeniu jak i s.i.w.z., w ocenie zamawiającego oczywiste jest, że mamy do czynienia z omyłką i, że wskazane zostały przez niego granice dotyczące zarówno minimalnej jak i maksymalnej ilości dni, w zakresie kryterium „termin płatności”.

Nie sposób, w ocenie zamawiającego, przyjąć, że skoro w ogłoszeniu oraz przywołanych wyżej zapisach s.i.w.z., opisujących całościowo sposób oceny oferty przy pomocy kryterium „termin płatności”, zamawiający określił maksymalny dopuszczalny termin, natomiast nie określił, minimalnego dopuszczalnego terminu, z powodu użycia omyłkowo sformułowania „minimalny termin dostawy - 30 dni”. Dostawa nie mu tu bowiem żadnego logicznego uzasadnienia ani zastosowania, stąd jest oczywiste, że chodziło o termin płatności, nie dostawy. Tym samym, w niniejszym postępowaniu, na potrzeby oceny kryterium „termin płatności” zostały przez zamawiającego określone granice wskazujące zarówno minimalny jak i maksymalny termin płatności, w tej sytuacji nie można poddać oferty odwołującego badaniu przy pomocy kryteriów oceny ofert, jako że wskazana w treści oferty ilość 21 dni, nie mieściła się w tych granicach, tym samym, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. ofertę odwołującego należało odrzucić jako sprzeczną z siwz.

W ocenie zamawiającego niedopuszczalne jest dokonanie ponownej oceny i badania ofert w celu dokonanie wyboru jego oferty. Realizując to żądanie zamawiający musiałby ofertę z 21-dniowym terminem płatności, poddać ocenie przy pomocy kryterium „termin płatności” tak jak to uczynił z ofertą przystępującego, który zaproponował termin płatności dłuższy, jednak mieszczący się w wyznaczonych granicach, rozumiejąc opis kryterium zgodnie z intencją zamawiającego. Postępowanie takie byłoby nieprawidłowe, naruszałby bowiem w ocenie zamawiającego wyrażoną w art. 7 ustawy P.z.p. zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, poprzez uprzywilejowanie jednego z wykonawców - w tym przypadku odwołującego. Niezależnie od powyższego, w ocenie zamawiającego, nie jest możliwe również poddanie oferty odwołującego ocenie i przyznanie mu np. „0” pkt. za kryterium „termin płatności”, ponieważ s.i.w.z. nie zawiera żadnych dodatkowych zapisów dotyczących sposobu postępowania, w przypadku gdy wykonawcy zaproponują termin

krótszy niż minimalny, np. zapisów, z których wynikałoby, że otrzymają w takim przypadku „0” punktów.

W ocenie zamawiającego, odwołujący świadomie, nie zaś omyłkowo, wskazał taki termin w ofercie. Wyklucza to zatem ewentualne rozważenie uznania tego terminu jako omyki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., i poprawienia go przez zamawiającego, niezależnie od tego, że odwołujący nie domaga się nakazania takiego działania zamawiającemu.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że odwołujący rozumie „minimalny termin dostawy” czysto literalnie i w oderwaniu od pozostałych zapisów s.i.w.z., a w szczególności rozdziału XIII ust. 1 s.i.w.z.. Inaczej mówiąc, odwołujący stara się wyłożyć zwrot „minimalny termin dostawy”, tak jakby nie funkcjonował on w ramach s.i.w.z. stworzonej na potrzeby przeprowadzenia postępowania o udzielenie konkretnego zamówienia publicznego (które wszakże nie jest zamówieniem dotyczącym dostaw). Co więcej, odwołujący interpretuje zwrot „minimalny termin dostawy”, tak jakby nie był on częścią rozdziału XIII ust. 1 s.i.w.z., którego funkcja, a w konsekwencji kompleksowa treść powinna być jednoznaczna i nie ulegać wątpliwości. Powyższy zabieg interpretacyjny jest oczywiście tylko wstępem do całkowitego wykluczenia zwrotu „minimalny termin dostawy” przy interpretacji treści rozdziału XIII ust. 1 s.i.w.z..

Ponadto przystępujący stwierdził, że odwołujący interpretuje rozdział XIII ust. 1 s.i.w.z., pomijając fragment interpretowanego tekstu. Inaczej mówiąc, odwołujący przeprowadza wykładnię rozdziału XIII ust. 1 s.i.w.z. tak, jakby nie było w nim mowy o „minimalnym terminie dostawy”. Takie stanowisko odwołującego lekceważy fakt, że cały rozdział XIII ust. 1 s.i.w.z. posiada określoną funkcję, a każdy z jego elementów jest istotny z punktu widzenia celu, który to postanowienie s.i.w.z. ma spełniać.

W ocenie przystępującego, efektem przedstawionych powyżej wadliwych technik interpretacyjnych, sprowadzających się do wybiórczej interpretacji s.i.w.z., jest całkowicie nieracjonalna wykładnia rozdziału XIII ust. 1 SIWZ.

Przystępujący podniósł, że wprawdzie w rozdziale XIII ust. 1 s.i.w.z. mowa jest o minimalnym terminie „dostawy”, nie ulega jednak wątpliwości, że pojęcie „dostawy” użyte zostało w tym miejscu w efekcie pomyłki o oczywistym charakterze. Odwołujący - zarzucając zamawiającemu naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - celowo przemilcza kontekst treściowy, w jakim użyto zwrotu „minimalny termin „dostawy”, a w szczególności fakt, że rozdział XIII ust. 1 s.i.w.z. określa „sposób przyznania punktów w kryterium termin płatności”. Co więcej, w treści tego fragmentu s.i.w.z. pojęcie „terminu

płatności" występuje aż czterokrotnie, a o „dostawie" w innych zapisach s.i.w.z. nie ma w ogóle mowy, co zresztą zrozumiałe w świetle przedmiotu zamówienia,

W ocenie odwołującego, trafne jest w tym stanie rzeczy stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym zapisy s.i.w.z. wprowadzają wymóg określenia w ofercie minimalnego terminu płatności nie krótszego jak 30 dni. Za przedstawionym w tym miejscu sposobem rozumienia zapisu „minimalny termin dostawy - 30 dni" przemawia przede wszystkim usytuowanie tego sformułowania w strukturze s.i.w.z., a to w ust. 1 rozdziału XIII, na wstępie którego wyraźnie jest przecież mowa, iż traktuje on o terminie płatności. Jeżeli intencją zamawiającego byłoby kierowanie się przy wyborze oferty kryterium terminu dostawy (co w postępowaniu dotyczącym usług byłoby niezrozumiałe), wówczas z pewnością okoliczność ta zostałaby odnotowana w innych jeszcze zapisach s.i.w.z.

W konsekwencji zaproponowana przez odwołującego wykładnia (zgodnie z którą, wykonawcy dysponowali pełną swobodą w zakresie wskazywania minimalnego terminu płatności, zaś ich jedynym ograniczeniem była świadomość, iż najwyżej punktowane będą oferty zawierające najdłuższy termin płatności) jest zwyczajnie irracjonalna i jako taka nie zasługuje na akceptację. Przystępujący wskazał, że s.i.w.z. jest dokumentem kierowanym nie do przeciętnego odbiorcy, lecz do odbiorcy, od którego można wymagać odpowiednio wyższego poziomu wiedzy i doświadczenia z zakresu prawa zamówień publicznych. Jest to istotne o tyle, że prawidłowe rozumienie rozdziału XIII ust. 1 s.i.w.z. w zakresie minimalnego terminu płatności nie powinno nastroczać żadnych trudności osobie posiadającej choćby elementarne doświadczenie życiowe oraz umiejętność czytania ze zrozumieniem. Nie sposób jest więc bronić stanowiska o jakichkolwiek niejasnościach w treści s.i.w.z., taki przypadek zaistniałby bowiem wyłącznie wtedy, gdyby nie można było wymagać od wykonawców, by treść s.i.w.z. zrozumieli zgodnie z intencją jej autora. W niniejszej sprawie intencja ta była tymczasem aż nadto czytelna, tym bardziej dla osób posiadających doświadczenie zawodowe i wiedzę o stosowanych przez zamawiających opisach kryteriów i sposobu oceny ofert. Wiedzą taką i doświadczeniem odwołujący niewątpliwie dysponuje.

Przystępujący stwierdził, że odwołujący nietrafnie powołuje się również na zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wbrew temu, co twierdzi odwołujący, zasady te wskazują, że przy interpretowaniu s.i.w.z. należy co do zasady stosować literalną wykładnię jej treści (wykładnia obiektywna), co nie oznacza jednak wcale, iż bez znaczenia w procesie interpretacji pozostają zamiar i cel zamawiającego (wykładnia subiektywna). Wobec tego przy wykładni znaczenia postanowień s.i.w.z. należy - co oczywiste - kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażzeń i zwrotów przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i

logicznych. Niezależnie jednak od rezultatów interpretacji językowej, s.i.w.z. należy zawsze poddać jeszcze jednej fazie wykładni, o której odwołujący zdaje się zapominać. Nieodłącznym i koniecznym etapem egzegezy tekstów prawnych jest bowiem także wykładnia celowościowa. W przypadku s.i.w.z. interpretacja ta musi być związana z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalna, a przede wszystkim zgodna z intencjami zamawiającego, wynikającymi wprost z całokształtu materiałów postępowania o udzielenie zamówienia (tak m.in.: wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2784/14).

Przystępujący podniósł, że odwołujący nie skorzystał z prawa przewidzianego w art. 38 ust. 1 ustawy P.z.p. i nie zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści rozdziału XIII ust. 1 s.i.w.z.

Przystępujący stwierdził też, iż w rozpoznawanej sytuacji brak jest możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 1 ani art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Zaznaczył, że prawo do poprawienia treści oferty ograniczone jest jedynie do omyłek a nie celowych działań. Już sama treść odwołania wskazuje tymczasem, iż odwołujący określił termin płatności w pełni intencjonalnie, wychodząc z założenia, że s.i.w.z. nie określa minimalnego terminu płatności. Określenie terminu płatności na 21 dni nie może być również omyłką pisarską w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. Omyłki tego rodzaju wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, nigdy zaś uchybienia merytorycznego (tak: wyrok KIO z dnia 30.09.2014 r., KIO 1891/14). Oczywista omyłka pisarska ma ponadto tę cechę, iż jest „oczywista”, a co za tym idzie zamawiający jest w stanie zastąpić określone sformułowanie z oferty innym „oczywistym” sformułowaniem. Możliwości takiej zamawiający w przedmiotowej sprawie nie miał, musiałby bowiem poprawić wskazany w ofercie termin płatności na jeden z trzydziestu jeden dopuszczanych przez s.i.w.z. terminów (od 30 do 60 dni), z których przecież każdy jest równie „oczywisty”. Określenie terminu płatności na 21 dni nie było także inną omyłką, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, oceniając „istotność” wprowadzanej zmiany do oferty należy wziąć pod uwagę wartość (wielkość) zmienianego elementu oferty w stosunku do całej jej treści. Zatem, jeśli ewentualna zmiana treści oferty miałaby dotyczyć kluczowego dla całego postępowania elementu, który z istoty rzeczy podlega odrębnej ocenie (zgodnie z rozdziałem Xlii s.i.w.z.), nie można wówczas niezgodności takiej zakwalifikować jako nieistotnej, nie powodującej zmiany w treści oferty. Dlatego uznać należy, że minimalny termin płatności stanowi istotny element treści oferty składanej w przedmiotowym postępowaniu (por. wyrok KIO z dnia 19.10.2009 roku sygn. KIO UZP 1320/09).

Przystępujący stwierdził, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią rozdziału XIII ust. 1 SIWZ, co pociągnęło za sobą konieczność jej odrzucenia. Zamawiający nie miał przy tym możliwości dokonania interpretacji oferty na korzyść jej zgodności ze s.i.w.z. z dwóch niezależnych od siebie względów. Po pierwsze, odwołujący zaakceptował wprawdzie treść projektu umowy (zob. pkt 9 oferty), w projekcie tym nie określono jednak minimalnego terminu płatności (zob. § 5 ust. 13). Po drugie, w orzecznictwie Krajowej Izby odwoławczej słusznie wskazuje się, że nie można dać pierwszeństwa ogólnej deklaracji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego (jak w pkt. 9 oferty), wobec jednoznacznej i odmiennej treści oferty złożonej w postępowaniu (tak: wyrok KIO z dnia 19.10.2009 r., KIO/UZP 1320/09).

Izba ustaliła, co następuje:

W treści ogłoszenia o zamówieniu sekcja IV : procedura pkt IV.2.1) Kryteria oceny ofert, zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu kryteriami będzie cena z wagą - 93, oraz termin płatności z wagą - 7.

Kryteria te zostały odzwierciedlone również w s.i.w.z. w rozdziale XIII zatytułowanym - „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”.

W s.i.w.z. kryteria te zostały określone następująco : cena - 93 % oraz termin płatności - 7%.

Dodatkowo wskazano przy pomocy wzorów, sposób przyznania punktów w obu kryteriach. W przypadku kryterium „termin płatności” wskazano w liczniku : termin płatności w ofercie ocenianej a w mianowniku: najdłuższy termin płatności, wartości te następnie miały być przemnożone przez 7.

Pod wzorem obrazującym sposób przyznania punktów w kryterium „termin płatności” znalazła się dodatkowa uwaga: „maksymalny termin płatności - 60 dni, minimalny termin dostawy-30 dni.”

Złożona przez odwołującego oferta wskazuje w formularzu ofertowym płatność przelewem za realizację przedmiotu zamówienia w terminie 21 dni od daty prawidłowo sporządzonej faktury, po uprzednim końcowym odbiorze przedmiotu zamówienia.

W dniu 2 września 2016 roku zamawiający poinformował odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego. Jednocześnie zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Zamawiający wskazał, co następuje:

„Złożona przez Wykonawcę oferta wskazuje w formularzu ofertowym płatność przelewem za realizację przedmiotu zamówienia w terminie 21 dni od daty prawidłowo sporządzonej faktury, po uprzednim końcowym odbiorze przedmiotu zamówienia. Zamawiający zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu publicznym oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia (rozdział XIII Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert), przyjął następujące kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej: cena - 93% i termin płatności - 7% wskazując, że maksymalny termin płatności to 60 dni, a minimalny termin to 30 dni. W związku z powyższym Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczona ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest

wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia, zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z powyższego wynika, że czynność odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z. jest możliwa jedynie wówczas, gdy – po pierwsze – istnieje jasne i oczywiste postanowienie s.i.w.z. i – po drugie – treść oferty jest z tym postanowieniem niezgodna. W przedmiotowej sprawie z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z powodu rzekomej niezgodności nie z treścią s.i.w.z., ale z jej domniemanym brzmieniem. Zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i w oświadczeniu złożonym podczas rozprawy, zamawiający przyznał, że w treści specyfikacji popełnił błąd, określając minimalny termin dostawy, zamiast płatności. Zarówno on, jak i przystępujący, podnosili wszakże, że odwołujący winien ustalić prawidłowe brzmienie specyfikacji na podstawie kontekstu oraz wykładni logicznej treści specyfikacji.

Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. To na zamawiającym, jako profesjonalnym uczestniku obrotu, ciąży obowiązek prawidłowego i precyzyjnego sporządzenia dokumentacji postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Konsekwencje niewłaściwego przygotowania specyfikacji nie mogą obciążać wykonawcy, który się do nich dostosował. Zamawiający natomiast, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nadawania jej zapisom innego znaczenia niż wynikająca z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert. Możliwość zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest określona przepisami art. 36 ust. 4 i następne ustawy Pzp i może mieć miejsce wyłącznie przed upływem terminu składania ofert.

Stwierdzić zatem należy, że zamawiający ocenił ofertę odwołującego niezgodnie z zasadami, które sam określił w s.i.w.z., przez co naruszył zarówno art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., jak i określone w art. 7 ust. 1 zasady prowadzenia postępowania z zapewnieniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem wyrażanym wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych (zob. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2014 roku, sygn. akt: KIO 2076/14), wszelkie wątpliwości interpretacyjne postanowień specyfikacji muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Skład Izby orzekający w niniejszej sprawie popiera to stanowisko i się z nim identyfikuje. Podkreślić należy, że wykonawcy, działając w zaufaniu do racjonalności działań zamawiającego, kalkulują ofertę i konstruują jej treść na podstawie zasad wyrażonych w s.i.w.z. Nie mniej istotny jest fakt, że złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, rodzi lub może rodzić poważne skutki w sferze stosunków cywilnoprawnych wykonawcy. Należy zatem założyć, że jego oferta jest wynikiem głębokich analiz i konsekwencją istotnych decyzji prawnych i biznesowych. Przyjęcie, że zamawiający może zmienić treść specyfikacji powołując się na błąd lub omyłkę, godziłoby w bezpieczeństwo obrotu oraz prowadziłoby do niebezpiecznej i niepożądanego praktyki pozwalającej na zmiany specyfikacji z naruszeniem zasad określonych art. 36 ust. 4 ustawy Pzp. Stanowisko to jest o tyle istotne, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie mają obowiązku badać zasadności ani racjonalności działań zamawiającego przy konstruowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby brak jest również podstaw do przyjęcia, że zamawiający jest uprawniony do poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej lub rachunkowej w s.i.w.z., stosując *per analogiam* zasady przewidziane dla poprawiania takich omyłek w złożonych ofertach. Izba stoi na stanowisku, iż, gdyby ustawodawca dopuścił możliwość poprawiania oczywistych omyłek w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawarłby taką regulację w ustawie P.z.p. Podkreślić należy, że czynność poprawienia omyłki w ofercie jest uregulowana przepisem art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p., natomiast nie ma w ustawie P.z.p. analogicznego przepisu dotyczącego specyfikacji.

Popelniony przez zamawiającego błąd w opisie jednego z kryteriów oceny ofert powoduje jednakże, iż złożone w postępowaniu oferty nie są względem siebie porównywalne. Podkreślić należy, że poddany analizie nieprawidłowy zapis specyfikacji mógł prowadzić do co najmniej dwóch interpretacji – wykonawcy mogli bądź uznać, że wymóg w zakresie 21 dni dotyczy minimalnego okresu płatności, bądź też – tak jak to zrobił odwołujący

– mogli stwierdzić, że zapis ten, jako dotyczący innego rodzaju zamówienia, w ogóle nie obowiązuje. Ocena ofert sporządzonych w oparciu o odmienne interpretacje postanowień specyfikacji w zakresie kryterium oceny ofert jest zatem niemożliwa.

Tym samym stwierdzić należy, że przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 P.z.p., stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

.....