

**Sygn. akt KIO 1548/17**

**WYROK**  
**z dnia 7 sierpnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2017 r. przez wykonawcę F. E. GmbH (Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) Oddział w Polsce w W. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w K.

przy udziale wykonawcy M. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża F. E. GmbH (Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) Oddział w Polsce w W. i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez F. E. GmbH (Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) Oddział w Polsce w W. tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od F. E. GmbH (Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) Oddział w Polsce w W. na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w K. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 Krośnie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w K. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup wraz z dostawą mammografu w ramach zadania „Regionalne Centrum Południowego Podkarpacia Kobieta i Dziecko - wysokospecjalistyczna opieka zdrowotna”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 1 kwietnia 2017 r. pod numerem 065-122001. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

27 lipca 2017 r. wykonawca F. E. GmbH (Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) Oddział w Polsce w W. wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż jej treść odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ”;
- art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez niezwrócenie się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, co spowodowało naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru właściwej oferty najkorzystniejszej, nie podlegającej odrzuceniu;
- ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia celem dokonania prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego jako bezwzględnie wadliwej;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- dokonania wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołujący wywodził, że w ofercie wskazał 36-miesięczny termin gwarancji, a powołanie przez niego w formularzu cenowym okresu 24 miesięcy stanowiło potwierdzenie spełniania wyłącznie minimalnych wymagań zamawiającego.

Wykonawca M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

W rozdziale XVIII SIWZ zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

- cena – 55%;
- termin płatności – 5%;
- jakość – 35%;
- okres gwarancji – 5%.

Zamawiający wskazał, że w kryterium okres gwarancji punktacja ofert zostanie przyznana w oparciu o przedstawione powyżej kryterium, zgodnie z poniższą formułą:

Okres gwarancji wynoszący 24 miesiące - 0 pkt;

Okres gwarancji wynoszący od 25 miesięcy do 35 miesięcy - 3 pkt;

Okres gwarancji 36 miesięcy i więcej - 5 pkt.

Zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 2 SIWZ ofertę stanowi wypełniony formularz ofertowy i formularz cenowy (załącznik nr 1 oraz 2 do SIWZ).

Pierwotnie sporny pkt 110 załącznika nr 2 do SIWZ nosił numer 110 i brzmiał:

Kolumna Parametr: „Okres gwarancji na całość przedmiotu zamówienia bez wyłączenia czegokolwiek”, wymagane: 24 miesiące, kolumna: oferowany przez wykonawcę parametr, kolumna punktacja: za każdy rok ponad wymagany – 10 pkt.

Zamawiający pismem z 12 maja 2017 zmienił załącznik nr 2 do SIWZ pkt 112 w zakresie punktacji, który uzyskał brzmienie „Zgodnie z zasadami punktacji określonymi w SIWZ dla kryterium Okres gwarancji. Parametr nie podlega ocenie w kryterium Jakość”.

Odwołujący złożył ofertę, w której pkt IV załącznika nr 1 do SIWZ - formularzu ofertowym, wskazał, że oferuje 36 miesięcy (min. 24 miesięcy) gwarancji na przedmiot zamówienia”. W pkt 112 załącznika 2 do SIWZ - formularzu cenowym, w kolumnie „Oferowany przez Wykonawcę parametr” w odwołujący wpisał: „TAK, 24 miesiące”.

Pismem z 17 lipca 2017 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co uzasadnił istnieniem rozbieżności dotyczącej oferowanego przez odwołującego okresu gwarancji, pomiędzy treścią formularza ofertowego (pkt IV załącznika 1 do SIWZ) a treścią formularza cenowego - opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów technicznych (pkt 112 załącznika 2 do SIWZ). Zamawiający uznał, iż nie może samodzielnie stwierdzić, który z zaoferowanych okresów gwarancji jest prawidłowy (nie jest w stanie samodzielnie poprawić omyłki odwołującego), a w wyniku wezwania odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności, doszłoby do negocjacji treści oferty w zakresie kryterium oceny ofert. W konsekwencji zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę przystępującego, której cena 1.465.896 zł przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 1.170.000 zł. Zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty i unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący nie wskazał, że wnosi odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania. Profesjonalny charakter rynku zamówień publicznych uzasadnia oczekiwanie, że również w postępowaniu odwoławczym strony i uczestnicy zachowają należytą staranność polegającą na znajomości przepisów prawa. Art. 180 ust. 3 Pzp nakazuje wskazanie w odwołaniu m.in. czynności lub zaniechań zamawiającego, zarzutów, żądań oraz okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania. Wskazanie czynności lub zaniechania zamawiającego i dotyczącego ich zarzutu w treści odwołania ma fundamentalne znaczenie i nie podlega – jak chciałby odwołujący - samodzielnemu ustalaniu przez Izbę na podstawie powołanych w uzasadnieniu okoliczności, w związku ze sformułowaniem, że odwołujący zarzuca zamawiającemu „naruszenie innych przepisów w sposób bezpośredni lub pośredni wynikających z odwołania”. To wyłącznie od odwołującego się wykonawcy zależy, jakie czynności lub zaniechania zamawiającego kwestionuje i jakie podnosi wobec nich zarzuty. Kwestie te nie podlegają domniemaniu składu orzekającego, gdyż ten jest związany zarzutami podniesionymi w odwołaniu i to w ich granicach rozpatruje wniesione odwołanie, o czym stanowi art. 192 ust. 7 Pzp. Zakres kognicji Izby w danej sprawie określa więc zarzut, a nie żądanie odwołania

Izba nie podzieliła jednak stanowiska zamawiającego i uznała, że przesłanki materialne dopuszczalności odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp zostały spełnione. Dostrzec bowiem należy, że zamawiający unieważnił postępowanie, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przekracza jego możliwości finansowe, ku czemu podstawę stanowi art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Konsekwencją przywrócenia oferty odwołującego będzie

odpadnięcie wskazanej podstawy unieważnienia postępowania i to *ex lege*, cena oferty odwołującego nie przekracza bowiem kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nierozzerwalne powiązanie czynności odrzucenia oferty odwołującego z unieważnieniem postępowania oznacza spełnienie wymagań art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Izba rozpoznała odwołanie co do istoty i uznała je za niezasadne.

Przede wszystkim Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że wady oferty w zakresie długości okresu gwarancji nie powodują niezgodności oferty z SIWZ, bowiem ta niezgodność odnosić się ma do wyłącznie do opisu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby treść SIWZ, o której stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, to opis potrzeb i wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Powołany przepis nie ogranicza podstaw odrzucenia oferty tylko do przypadku jej niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia co zakresu, ilości i jakości w oderwaniu od warunków realizacji i innych aspektów wykonania umowy, które zamawiający uznaje za istotne. Nie może być wątpliwości co do tego, że w badanym postępowaniu długość okresu gwarancji miała dla zamawiającego istotne znaczenie, skoro została podniesiona do rangi kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Powołany szeroki zakres rozumienia pojęcia treści SIWZ jest uzasadniony również wobec rosnącej rangi i szerokiego zastosowania kryterium oceny ofert innych niż cena. W doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest już pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym (*vide* przykładowo wyrok z 26 października 2016 r. KIO 1990/16). Nie może więc być wątpliwości co do tego, że długość okresu gwarancji powinna być wskazana w ofercie w sposób spójny i jednoznaczny, gdyż wady oferty w odniesieniu do treści wpływających na ocenę oferty w przyjętych kryteriach powodują niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Skoro w okolicznościach sporu SIWZ nie pozwalała na wskazanie tego okresu wariantowo lub w postaci zakresu, Izba uznała ofertę odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ. Odwołujący wskazał bowiem w formularzu cenowym okres gwarancji 24 miesięcy, a w

formularzu ofertowym niejednoznacznie oświadczył, że długość okresu gwarancji wynosi 36 miesięcy (min. 24 miesiące). Na ofertę składał się formularz ofertowy i formularz cenowy, które powinny być spójne w tym zakresie, gdyż okres gwarancji był punktowany.

Wbrew twierdzeniom odwołującego brzmienie pkt 112 nie daje podstaw do tego, aby uznać, że w tym miejscu powinny zostać potwierdzone wyłącznie wymagania minimalne zamawiającego. Sformułowanie „Zgodnie z zasadami punktacji określonymi w SIWZ dla kryterium Okres gwarancji. Parametr nie podlega ocenie w kryterium Jakość” wskazuje jasno, że należy wskazać okres, który będzie punktowany zgodnie z zasadami ustalonymi w SIWZ dla kryterium okres gwarancji, a parametr ten nie będzie oceniany w kryterium jakość. Tym samym Izba uznała, że odwołujący w formularzu cenowym podał okres gwarancji o długości 24 miesięcy. Nawet gdyby uznać, jak chciałby odwołujący, że to pkt IV formularza ofertowego jest miejscem, w którym zamawiający żądał wyraźnego określenia długości tego okresu, nie zaś pkt 112 formularza cenowego, to i tak oferta odwołującego dotknięta byłaby wadą. W tym miejscu oferty odwołujący wskazał bowiem nie – jak twierdził na rozprawie okres gwarancji 36 miesięcy, lecz „36 miesięcy (min. 24 miesięcy)”. Nie można przy tym uznać, że 24 miesiące to wyłącznie potwierdzenie minimalnych wymagań zamawiającego, gdyż ku temu wystarczające jest podanie okresu 36 miesiące przynoszącego największą korzyść w ramach zasad oceny ofert ustalonych przez zamawiającego, a wskazanie krótszego okresu 24 miesięcy, który przy tym nie ma znaczenia dla oceny oferty, jest całkowicie zbędne.

Oferta odwołującego nie daje żadnych podstaw do przyjęcia, że zaoferował zamawiającemu okres gwarancji wynoszący 36 miesięcy. Źródłem takiej oceny nie może być znajdujące się w aktach sprawy i powołane przez odwołującego „Zestawienie z otwarcia ofert dnia 26.06.2017 r.” Otwarcie ofert jest czynnością faktyczną, nie prawną (tą jest przykładowo badanie i ocena oferty). Informacja ta nie może mieć w okolicznościach sprawy znaczenia również z uwagi na fakt, że na ofertę składały się dwa formularze wymagające oceny.

Wada oferty odwołującego polegająca na wskazaniu dwóch okresów gwarancji nie może być poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ma charakter bowiem charakter istotny, gdyż dotyczy kryterium oceny ofert oraz wywiera wpływ na kolejność oferty odwołującego w ramach oceny ofert. Uznanie, że odwołujący zaoferował okres gwarancji o długości 36 miesięcy, da uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą, podczas, gdy przyjęcie że okres ten wynosi 24 miesiące, przyniosłoby wybór oferty przystępującego.

Zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców a przede wszystkim zasada przejrzystości wymagają, by istniał jeden sposób poprawy oferty możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego. Tymczasem w okolicznościach sporu sam odwołujący oświadczył, że możliwości poprawienia jest kilka. Zdaniem Izby przy przyjęciu, że do poprawienia mogłoby dojść – z czym skład orzekający się nie zgadza – oczywiście byłoby

uznanie, że długość okresu gwarancji wynosi 24 miesiące, gdyż taki okres został wskazany w obu formularzach składających się na ofertę. Ponadto, co również potwierdza stanowisko odwołującego, do ustalenia sposobu poprawy niezbędne byłoby uzyskanie wyjaśnień wykonawcy, a to w okolicznościach sporu jest niedopuszczalne, gdyż dałoby odwołującemu możliwość ukształtowania treści swego oświadczenia, i to w istotnym zakresie, po upływie terminu składania ofert. Sam fakt wystąpienia wewnętrznej sprzeczności w ofercie nie stanowi jeszcze o konieczności jej wyjaśnienia, jeżeli w następstwie tej czynności miałyby dojść do zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy (tak w uzasadnieniu wyroku z 29 grudnia 2016 r. KIO 2360/16)

Możliwość poprawienia oferty odwołującego dyskwalifikuje również wyraźne oświadczenie, że sposób sformułowania oferty był efektem jego świadomego działania, nie omyłki. Ustawodawca w art. 87 ust. 2 Pzp pozwala na poprawienie oferty wyłącznie w zakresie omyłek wykonawcy.

Skoro oferta odwołującego nie podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający zasadnie odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i nie dopuścił się naruszenia przepisów powołanych w odwołaniu.

Nie doszło też do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, co podnosił odwołujący na rozprawie. Przepis ten pozwala na poprawienie omyłek o charakterze oczywistym, czyli widocznych dla każdego, zauważalnych na pierwszy rzut oka. Świadome działanie odwołującego doprowadziło do sformułowania wadliwej oferty, ale wada ta nie ma cechy oczywistości w przywołanym rozumieniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....