

WYROK
z dnia 26 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę W S prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. S. FHU „STEMAR” w Połchowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego AMW REWITA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża W prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. S. FHU „STEMAR” w Połchowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. S. FHU „STEMAR” w Połchowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. S. FHU „STEMAR” w Połchowie na rzecz AMW REWITA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 3.877 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – AMW REWITA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa owoców i warzyw świeżych dla oddziałów AMW REWITA Sp. z o. o. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 stycznia 2018 r. pod numerem 2018/S 010-017722. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania 16 kwietnia 2018 r. wykonawca W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. S. FHU „STEMAR” w Połchowie wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez uznanie ofert złożonych przez J. L. prowadzącą działalność gospodarczą - Firma „Marit” J. L., dalej jako „Firma Marit” w zakresie części 1 zamówienia - „Dostawy owoców i warzyw dla Oddziału Rewita Sopot” oraz części 2 zamówienia - „Dostawy owoców i warzyw dla Oddziału Rewita Jurata” za oferty najkorzystniejsze, podczas gdy treść tych ofert nie odpowiada treści Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako: „SIWZ” oraz zaniechanie odrzucenia przedmiotowych ofert częściowych;
2. art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp przez wpisanie wartości „0” w rubryce f - „Marża %” w pominiętych przez wykonawcę pozycjach w formularzach ofertowych składających się na treść ofert złożonych przez Firmę Marit w zakresie części 1 zamówienia - „Dostawy owoców i warzyw dla Oddziału Rewita Sopot” oraz części 2 zamówienia - „Dostawy owoców i warzyw dla Oddziału Rewita Jurata”, co nie stanowiło poprawienia oczywistych omyłek pisarskich ani oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a nadto w świetle pkt 14 rozdziału XIII SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”, wszelkie zmiany polegające na pominięciu jakiegokolwiek z istniejących w formularzu ofertowym pozycji (dotyczy to również podania wartości „0”) nie miały zostać uznawane za możliwe do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 Pzp i skutkować miały odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
3. względnie: art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Firmy Marit J. L. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia cen, pomimo że zaproponowane przez tego wykonawcę ceny dotyczące wykonania części 1 zamówienia -

„Dostawy owoców i warzyw dla Oddziału Rewita Sopot” oraz części 2 zamówienia - „Dostawy owoców i warzyw dla Oddziału Rewita Jurata” wydają się rażąco niskie w stosunku do wartości tych części zamówienia i budzą uzasadnione wątpliwości co do możliwości ich wykonania zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności wyboru jako najkorzystniejszej ofert złożonych przez Firmę Marit w zakresie części 1 zamówienia i części 2 zamówienia oraz odrzucenia wskazanych ofert jako niezgodnych z SIWZ ewentualnie o nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności wyboru jako najkorzystniejszych ofert częściowych złożonych przez Firmę Marit J. L. w zakresie części 1 i części 2 zamówienia oraz wezwania przedmiotowego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia cen stosownie do treści art 90 ust. 1 Pzp. Wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do niniejszego pisma na okoliczności wymienione w jego uzasadnieniu oraz o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie lub o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 10 części. W pkt 14 rozdziału XIII SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” zamawiający oświadczył, że wszelkie zamiany polegające na pominięciu jakiegokolwiek z istniejących w formularzu ofertowym pozycji (dotyczy to również podania wartości „0”) nie będą uznawane za możliwe do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 Pzp i skutkować będą odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w rozdziale XIV SIWZ w brzmieniu ustalonym pismem z 26 stycznia 2018 r. ustalił następujący sposób obliczenia ceny oferty:

$$C = CGT \times (100\% + M)$$

CGT – średnia cena za 1kg/1 szt (średnie ceny zamawiający wstawił do odpowiedniej kolumny formularza cenowego – ceny są jednakowe dla wszystkich wykonawców w poszczególnych częściach).

Wykonawca zobowiązany został do przedstawienia formularza ofertowego, zawierającego wykaz oferowanych towarów (specyfikacja) dostaw i warzyw świeżych w okresie 12 miesięcy. Formularz zawierał następujące rubryki;

- a. Liczba porządkowa;
- b. Asortyment;
- c. Jednostka miary;
- d. Ilość;

- e. Cena netto do kalkulacji;
- f. Marża %;
- g. Cena jedn. netto (e x f) w złotych;
- h. Wartość ogółem netto (d x g) w złotych;
- i. Stawka VAT w %;
- j. Wartość brutto w zł;
- k. Uwagi.

W piśmie zawierającym informacje z otwarcia ofert z 26 lutego 2018 r. zamawiający wskazał, że na sfinansowanie części 1 zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 221.452,20 zł., natomiast części 2 zamówienia - kwotę 325.057,73 zł.

Cena oferty Firmy Marit w części 1 wynosi 182.471,21 zł. cena oferty odwołującego to 231.991,00 zł. Cena oferty Firmy Marit w części 2 wynosi 282.503,01 zł. Ceny pozostałych wykonawców: odwołującego oraz PH AMAK s.c. A. i K. S. wynosiły odpowiednio 340.262 zł. oraz 383.703,51 zł.

W formularzu ofertowym dotyczącym części 1 zamówienia Firma Marit nie wypełniła rubryki dotyczącej wysokości marży w pozycji nr: 3, 7, 8, 10, 11, 15, 16, 20, 30, 32, 38, 44, 48, 49, 52, 54, 55 oraz 64. Natomiast w formularzu ofertowym dotyczącym części 2 zamówienia nie wypełniła przedmiotowej rubryki w zakresie pozycji nr: 3, 10, 11, 17,18, 19, 22, 24, 25, 26, 29, 32, 33, 42, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 55, 56 oraz 63.

Pismami z 6 marca 2018 r. zamawiający poinformował Firmę Marit o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych i pisarskich w ofercie złożonej przez tego wykonawcę w zakresie części 1 zamówienia oraz części 2 zamówienia poprzez wpisanie wartości „0” w rubryce f - „Marża %” w pominiętych przez wykonawcę pozycjach formularzy ofertowych.

Oferta odwołującego w części 1 została odrzucona ze względu na zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług w stosunku do jednej z pozycji w formularzu ofertowym. Odwołujący nie wniósł odwołania wobec czynności odrzucenia własnej oferty, kwestionuje jedynie wybór najkorzystniejszej oferty w części 1 i 2 zamówienia.

Powołane ustalenia zostały dokonane na podstawie wymienionych pism i dokumentów.

Izba zważyła, co następuje:

Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że zarzuty odwołania dotyczące części 1 postępowania nie podlegają merytorycznemu rozpoznaniu. Oferta odwołującego w tej części została odrzucona z postępowania i czynność ta jest ostateczna w tym sensie, że nie może być już kwestionowana przez wnoszenie środków ochrony prawnej. Odwołujący utracił zatem status wykonawcy w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości (sprawy C-100/12 Fastweb, C-689/13 Puligenica Facility Esco, C-131 Archus et Gama) dotyczy bądź sytuacji, w której środek ochrony prawnej wnosi wykonawca, który nieuzyskanie przez niego zamówienia i jednocześnie

wybór najkorzystniejszej oferty, bądź dopuszczalności wniesienia środka ochrony prawnej przez wykonawcę wybranego przeciwko wykonawcy, który nie został wybrany (tzw. „odwołanie wzajemne”). W takich sytuacjach Trybunał Sprawiedliwości uznaje, że wykonawcy są uprawnieni do wniesienia odwołania, nawet jeśli następstwem jego uwzględnienia może być unieważnienie postępowania z powodu braku ważnych ofert. Wywiedziona w uzasadnieniach tych orzeczeń teza dotycząca możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia w przyszłym, ewentualnie wszczętym przez zamawiającego postępowaniu oraz rozumieniu zamówienia publicznego jako umowy na konkretne usługi, dostawy lub roboty budowlane nie może być zatem przyjmowana w rozszerzający sposób, tak aby środki ochrony prawnej przysługiwały podmiotowi, który już nie ubiega się o dane zamówienie, utracił status wykonawcy, a jedynie kwestionuje wybór najkorzystniejszej oferty.

Pogląd ten zaznaczył się już w orzecznictwie Izby (postanowienie w sprawie sygn. akt KIO 2145/17). Izba uznała w tym postanowieniu, że odwołanie wniesione przez podmiot, który nieodwracalnie utracił status wykonawcy w danym postępowaniu, podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. W związku z tym w okolicznościach sprawy, gdy w odwołaniu zostały wskazane zarzuty, które w razie ich samodzielnego wskazania powodowałyby odrzucenie odwołania i jednocześnie zarzuty podlegające rozpoznaniu na rozprawie, uznać należy, że rozpoznanie odwołania w całości jest niedopuszczalne. Zarzuty podniesione wobec czynności i zaniechań zamawiającego w części 1 postępowania, w której oferta odwołującego została ostatecznie odrzucona nie podlegają rozpoznaniu (*arg. a maiori ad minus* z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp).

Zakres rozpoznania odwołania wyznaczony brakiem negatywnych przesłanek formalnych zawartych w art. 189 ust. 2 Pzp oraz zaistnieniem materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania jest badany przez Izbę z urzędu. Nie ma przy tym znaczenia, że w okolicznościach sporu podstawy faktyczne i prawne zarzutów odwołania są takie same w stosunku do obu części postępowania. Zamawiający podzielił zamówienie na części, wykonawcy składali odrębne oferty na poszczególne części postępowania. W konsekwencji w razie wniesienia odwołania co do różnych części postępowania zakres rozpoznania odwołania w poszczególnych częściach postępowania podlega odrębnemu ustaleniu. Fakt kwestionowania czynności i zaniechań zamawiającego w różnych częściach postępowania przez wniesienie jednego odwołania pozbawiony jest doniosłości prawnej.

Izba przeprowadziła rozprawę w zakresie zarzutów dotyczących 2 części postępowania. Podczas rozprawy strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę będącą następstwem utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 Pzp. Ten przepis stanowi odpowiednio w pkt 1 i 2, że zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie oraz oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych omyłek.

Art. 87 ust. 2 Pzp ma charakter *ius cogens* i zamawiający nie może zwolnić się z jego stosowania. Oznacza to, że obowiązkiem zamawiającego przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest zbadanie możliwości poprawienia uchybień popełnionych w ofercie przez wykonawcę i postanowienia SIWZ nie mogą tej powinności zmienić albo wyłączyć. Dodatkowo Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że pominięcie wysokości marży przy podaniu innych danych wskazanych w formularzu ofertowym powoduje odrzucenie oferty w myśl postanowienia rozdziału XIII pkt 14 SIWZ. Powołane postanowienie literalnie dotyczy pominięcia pozycji, a nie rubryki, tymczasem Firma Marit nie pominęła żadnej pozycji asortymentu. Zgodnie z definicją słownikową „rubryka” to miejsce służące do wpisywania danych w formularzach i księgach rachunkowych, synonimy tego pojęcia to „kratka”, „okienko” (słownik internetowy PWN, data dostępu: 26 kwietnia 2018 r.). Zdaniem składu orzekającego postanowienie rozdziału XIII pkt 14 SIWZ nie nakazuje odrzucenia oferty w związku z brakiem podania marży w przeznaczony na to rubryce.

W badanym postępowaniu zamawiający wykonał dyrektywy wynikające z ustawy i prawidłowo dokonał poprawienia oferty Firmy Marit na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Przemawiają za tym dwa argumenty. Po pierwsze przepis ten literalnie odnosi się do działania na cyfrach lub liczbach, podczas gdy art. 89 ust. 2 pkt 1 Pzp co do zasady ma za zakres przedmiotowy treści wyrażone słownie. W ten sposób dwa odrębne uzyskują przedmiotowo różny zakres regulacji. Po drugie, o ile fakt popełnienia omyłki jest widoczny na pierwszy rzut oka, to ustalenie sposobu jej poprawienia wymaga działania na liczbach, w celu obliczenia prawidłowego wyniku.

Ustalenie, że prawidłowa marża w niewypełnionych rubrykach wynosi „0” nie nastręcza żadnych trudności. Wykonane proste działania matematyczne na podstawie danych zamieszczonych w formularzu ofertowym potwierdzają tę konstatację.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie wykazał, aby pozycje, gdzie Firma Marit wskazała wysokie marże ujemne miały charakter istotny, a prosty wgląd w formularz ofertowy potwierdza stanowisko zamawiającego, że dotyczy to asortymentu rzadko zamawianego (przykładowo mango, bataty, melon), którego wartość nie ma znaczącego wpływu na cenę oferty.

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 3.877 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i 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: