Sygn. akt: KIO 531/21

WYROK
z dnia 26 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk
Protokolant:Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2021 r. przez wykonawcę **D. K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą FUENTE D. K. w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Łodzi** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. W., J. B., K. W. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą „W i B" s.c. S. W., J. B., K. W. w Sieradzu**zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 531/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym przyznanie ofercie Odwołującego maksymalnej liczby punktów w kryterium „gwarancja jakości dot. całości przedmiotu zamówienia".
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późń. zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 531/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych II Oddział w Łodzi [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostosowanie budynku do przepisów przeciwpożarowych – II Oddział Łódź, budynek A w Zduńskiej Woli, ul. Kilińskiego 7/1*· (znak postępowania: 530000/271/5/2020/ZAP).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 grudnia 2020 r. pod numerem 774256-N-2020.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp"].

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r.
poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp"].

W dniu 17 lutego 2021 r. wykonawca D. K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą FUENTE D. K. w Łodzi [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe przyznanie punktów ofercie złożonej przez Odwołującego. Zamawiający nie przyznał maksymalnej ilości punktów ofercie Odwołującego, pomimo iż zgodnie z treścią Formularza oferty – część czwarta SIWZ, Odwołujący zaoferował okres gwarancji w liczbie 60 miesięcy, co zgodnie z treścią formularza oferty jest maksymalnym okresem, a ten skutkuje przyznaniem 40 pkt w kryterium oceny ofert - okres gwarancji;
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, pomimo iż oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów wskazanych przez Zamawiającego, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu
4. art. 38 ustawy Pzp poprzez próbę dokonania zmiany treści SIWZ po terminie otwarcia ofert - Zamawiający w treści SIWZ wskazał maksymalną liczbę miesięcy skutkującą przyznaniem najwyższej ilości punktów - 60 miesięcy, oraz - w innej części SIWZ - wartość tę sklasyfikował jako 72 miesiące. Przyznając punkty na etapie badania i oceny ofert, Zamawiający przyznał 33,33 punkty za zaoferowany 60- miesięczny okres gwarancji, nie uznając zapisu treści SIWZ lub dokonując jego zmiany w zakresie ilości punktów przyznawanych w przypadku zaoferowania 60 miesięcy okresu gwarancji.
5. W związku powyższym, również naruszenie:
a) art. 7 ustawy Pzp poprzez prowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
b) oraz pozostałych przepisów przywołanych w uzasadnieniu stanowiska.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie argumentów powołanych
w odwołaniu, a w konsekwencji o:
1. Unieważnienie czynności wyboru oferty **Wykonawcy WiB s.c. S. W.,** J. B., K.W., jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu;
2. dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych

w niniejszym postępowaniu i przyznanie punktów zgodnie z informacjami zawartymi w części czwartej SIWZ - Formularz oferty;
3. wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
4. zwrot kosztów postępowania odwoławczego.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.
Wskazał, że bezspornym jest, iż Zamawiający zawarł w treści SIWZ dwie informacje. Według jednej z nich wykonawca, który zaoferuje udzielenie 60 miesięcy gwarancji - otrzymuje 40 pkt, wg innej części SIWZ - wykonawca który zaoferuje 72 miesiące gwarancji otrzymuje 40 pkt w tym kryterium. Poza sporem jest fakt, iż Zamawiający, zapewne omyłkowo, sformułował treść SIWZ w sposób niejednolity i przez to wysoce nieprawidłowy.
Każdy z wykonawców zaoferował okres gwarancji tak, by uzyskać w tym kryterium maksymalną ilość punktów, natomiast z uwagi na błąd Zamawiającego w treści SIWZ - wartości te są różne: 60 lub 72 miesiące. Wg informacji z otwarcia ofert, aż trzech wykonawców zaoferowało okres gwarancji wynoszący 60 miesięcy, w tym Odwołujący.
Uzasadniał, że oczywistym jest, iż w przypadku poza cenowego kryterium oceny ofert o wadze 40%, wykonawcy (w tym Odwołujący) muszą złożyć ofertę tak, by otrzymać maksymalną ilość punktów w kryterium pozacenowym. Różnice w punktach w przypadku kryterium o tak dużej wadze, nie są możliwe do zniwelowania wysokością ceny, gdyż zmuszałoby wykonawcę do zaoferowania ceny rażąco niskiej.
Nawet jeśli zamiarem Zamawiającego było sformułowanie powyższego parametru na poziomie 72 miesięcy (raczej zakładać należałoby iż intencją było 60 miesięcy - ten zapis jest czytelny i wyeksponowany w treści Formularza, podczas gdy zapis dot. 72 miesięcy jest mniej czytelny z uwagi na nagromadzenie tekstu), to informacja o najwyżej punktowanym okresie gwarancji - 60 miesiącach, stanowiła instrukcję, wskazówkę dla wykonawcy wypełniającego ofertę.
Odwołujący wskazał, iż poza sporem jest fakt, iż Zamawiający jest autorem SIWZ
i błędy w niej zawarte nie mogą obciążać żadnego z wykonawców. Tym samym, skoro Zamawiający wskazał w SIWZ, że zarówno za zaoferowanie 60 miesięcy wykonawca otrzymuje 40 pkt (maksymalna wartość = maksymalna ilość punktów), jak i za zaoferowanie 72 miesięcy wykonawca otrzymuje 40 pkt, Zamawiający zobowiązany jest przyznać 40 pkt zarówno wykonawcom którzy zaoferowali 60 miesięcy, jak i tym którzy zaoferowali 72 miesiące gwarancji. Przyznanie mniejszej ilość punktów ofertom wykonawców, którzy zaoferowali 60 miesięcy, jest niezgodne z treścią SIWZ i rażąco narusza zasady systemu zamówień.
W kwestii braku możliwości obarczania wykonawców konsekwencjami błędów
w SIWZ wypowiadała się wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza i sądy. Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 października 2018 r. XXIII Ga 1228/18.
Odwołujący wskazał, iż analizując wielopłaszczyznowo zagadnienie błędu w treści SIWZ, należy podnieść, że brak skierowania zapytania przez wykonawców w związku
z błędnymi informacjami, nie ma wpływu na zaistniały stan faktyczny - błędnie określona SIWZ przez Zamawiającego. Odwołujący zapoznał się z treścią SIWZ gruntowanie - tak jak Zamawiający. Zapewne brak czytelności samej treści SIWZ czy też oczywistość treści formularza oferty, w takim samym stopniu wpłynęła na postrzeganie treści SIWZ przez Zamawiającego jak i wykonawców kierujących się czytelnym komunikatem zawartym w treści formularza przygotowanego dla wykonawców przez Zamawiającego. Tezę ze zdania pierwszego powyżej potwierdza treść orzeczenia przytoczonego w niniejszym odwołaniu: Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 października 2018 r. XXIII Ga 1228/18.
Z uwagi na stan faktyczny, konieczność zachowania zasady równego traktowania wykonawców oraz brak możliwości obarczania ich konsekwencjami błędów w SIWZ,jedynym, zasadnym - a wręcz koniecznym dla zachowania zasad systemu zamówień - rozwiązaniem, jest przyjęcie obu sposobów rozumienia SIWZ, które wprost wynikają z jej treści. Tym samym zarówno wykonawcy oferujący 60 miesięcy okresu gwarancji, jak i - 72 miesięcy, winni otrzymać liczbę punktów właściwą dla maksymalnej ocenianej wartości, gdyż taka jest intencja wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Odwołujący zaoferował maksymalną liczbę miesięcy okresu gwarancji oznaczoną jako 60 miesięcy, celem otrzymania maksymalnej liczby punktów w tym zakresie.
Odwołujący wskazał, iż nie formułuje żądania unieważnienia postępowania, gdyż jego zdaniem nie zaistniały ku temu przesłanki. Postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, gdyż jak wskazuje przywołana argumentacja, błąd Zamawiającemu winien być naprawiony poprzez uznanie za właściwe obu treści SIWZ. Brak możliwości unieważnienia postępowania w zaistniałej sytuacji wskazuje chociażby stanowisko KIO zawarte w orzeczeniu KIO/UZP 589/10.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 marca 2021 r. wniósł
o:
1. oddalenie odwołania w całości;
2. rozpoznanie sprawy na rozprawie;
3. przeprowadzenie dowodów:
a) z przesłuchania pracownika p. D. B. na okoliczność prowadzonego postępowania,
b) z dokumentów postępowania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu,
4. zwrot kosztów postępowania odwoławczego.
W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że treść SIWZ w zakresie tego co powinno zostać objęte treścią oferty oraz co należało wycenić i na jakim poziomie szczegółowości zidentyfikować w Formularzu Ofertowym, jest jednoznaczne i niebudzące jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych. Zauważyć należy, że treść dokumentacji nie budziła jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych na etapie poprzedzającym składanie ofert, żadnego z wykonawców i nie wymagała wyjaśnień lub modyfikacji SWIZ w Części 4 - Formularzu Ofertowym. Zamawiający wskazał, że dwóch wykonawców zadeklarowało termin udzielenia gwarancji - na poziomie 72 miesięcy. Zatem nie kierowali się zapisem umieszczonym w formularzu ofertowym.

Zamawiający podkreślał, że wszystkie pozycje, stanowiące przedmiot zamówienia zostały szczegółowo opisane w dokumentacji zamówienia. Jedyny zapis wskazujący na 60-cio miesięczny okres gwarancji znajduje się tylko we wzorze formularza (w Formularzu Ofertowym) oferty i nigdzie indziej. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że zapis ten jest czytelny i wyeksponowany w treści Formularza Ofertowego. Zapisany jest małą czcionką o rozmiarze 8 pkt., także miejsce umieszczenie zapisu na stronie (w prawej dolnej części strony) nie powoduje jego przejrzystości. Zatem w kontekście całego tekstu umieszczonego na stronie (str. 47) można uznać, że jest niezauważalny na „pierwszy rzut oka". Zdaniem Zamawiającego, nawet świadome działanie Odwołującego i przekonanie,

że oferując 60-cio miesięczny termin gwarancji na wykonane roboty budowlane jest terminem maksymalnym, nie zwalnia Odwołującego z zapoznania się z pełną treścią SWIZ, w tym
w szczególności częścią 2 - Opis przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający wskazał, iż zgodnie z ust. 3 pkt I Formularza Oferty (str. 48) Odwołujący podpisał oświadczenie o treści: „Oświadczam(-y), że zapoznałem(-liśmy) się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i zobowiązuje(-my) się do stosowania i ścisłego przestrzegania warunków w niej określonych. ” Zatem Zamawiający zakładał racjonalnie, że wolą Odwołującego było złożenie oferty zgodnej z treścią przedmiotu zamówienia. Świadczy to o tym, że poza tym jednym zapisem, pozostałe zostały właściwie zadeklarowane. Ponadto, Odwołujący mając wątpliwości co do rozbieżności w treści SIWZ powinien, zwrócić się do Zamawiającego
z wnioskiem o wyjaśnienie ich treści. Instytucja taka jest często stosowana w praktyce zamówień publicznych. Tym bardziej, że - jak wynika z orzecznictwa - przepisy ustawy Pzp dają wykonawcom nie tylko prawo o zwrócenie się do Zamawiającego o wyjaśnienie powziętych co do treści SIWZ, ale nakładają wręcz na niego taki obowiązek. Zaniechanie tego może być wręcz podstawą zarzucenia przyjmującemu zamówienie braku dochowania należytej staranności przedsiębiorcy, o której mowa w art. 355 § 2 k.c. (tak m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 12 maja 2015 r., sygn. akt I ACa 287/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 14 listopada 2014 r., sygn. akt I ACa 647/14).

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z treścią wyroku KIO z 21 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 681/15 „nie ma przeszkód by odpowiedzi na pytania równocześnie były uszczegółowieniem czy doprecyzowaniem postanowień SIWZ. Zamawiający, udzielając odpowiedzi, może też zmienić wymagania względem pierwotnie opisanych w SIWZ.”

Po drugie, mając na uwadze treść art. 91 ust. 1 w zakresie braku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej Zamawiający wskazał, iż przez wybór oferty najkorzystniejszej należy więc rozumieć taką czynność Zamawiającego, polegającą na zastosowaniu do oferty określonych w SWIZ kryteriów i ustaleniu wyniku tej oceny, w sposób skutkujący wyborem najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający powołał się również na wyrok KIO z 13 marca 2020 r. (KIO 423/20) dotyczący różnic między opisem przedmiotu zamówienia a wzorem formularza oferty. Uzasadniał, że wykonawcy, składając oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, powinni traktować treść szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w sposób nadrzędny wobec formularza oferty. W razie wszelkich wątpliwości czy niezgodności między dwoma dokumentami decydujące znaczenie ma szczegółowy opis przedmiotu zamówienia jako część SWIZ. Reasumując, w razie sprzeczności między szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, a wzorem formularza oferty wykonawca powinien kierować się treścią opisu przedmiotu zamówienia.
Odnośnie zarzutu naruszenia art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że nie dokonał zmiany SIWZ po terminie otwarcia ofert co do okresu gwarancji.
W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający podniósł, że zarzut ten jest sformułowany bardzo ogólnie. Odwołujący nie odniósł się do wskazania czynności dokonanej bądź zaniechanej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która wpływa na ograniczenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę kierując się wymogami SWIZ. Zastosował kryterium gwarancji dotyczące przedmiotu zamówienia, ponieważ wpływa to na wykorzystanie przez wykonawców bardzo dobrej jakości materiałów i urządzeń oraz wysokiego standardu wykonania robót budowlanych. W ocenie Zamawiającego przyczyni się to do udzielenia dłuższego okresu gwarancji, nie narazi na sankcje za jej niedotrzymanie albo konieczność wykonywania prac zmierzających do usunięcia wad przedmiotu zamówienia. Natomiast zastosowanie kryterium gwarancji na niższym poziomie nie miałoby żadnego wpływu na jakość realizacji zamówienia. Jak wskazuje orzecznictwo wyrok KIO
z dnia 18 sierpnia 2020 r. (KIO 1716/20) „Zamawiający ma prawo postawić w SIWZ wymagania, które realizują jego uzasadniony obiektywny interes, co nie stanowi naruszenia przepisów.”
Podsumowując Zamawiający wskazał, że zakres przedmiotu zamówienia oraz podstawowe wymagania dotyczące tego przedmiotu należy ustalić przede wszystkim
w oparciu o szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, jako podstawowy element dokumentacji SIWZ. Formularz oferty nie zastępuje opisu przedmiotu zamówienia i nie stanowi dokumentu nadrzędnego w stosunku do tego opisu. Zatem wszelkie nieścisłości wynikające z porównania treści OPZ do opisu zawartego w formularzu ofertowym powinny wzbudzić wątpliwości wykonawcy przygotowującego ofertę, które powinny podlegać wyjaśnieniu przez Zamawiającego na etapie przed terminem składania ofert. Biorąc pod uwagę hierarchię tych dokumentów, w ocenie Zamawiającego, prymat należy przyznać opisowi przedmiotu zamówienia, z którym wykonawca miał obowiązek szczegółowo się zapoznać, oraz zakres przedmiotu zamówienia w nim określony przedstawić w Formularzu oferty.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń
i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy nPzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,
o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Zamawiający w dniu 18 lutego 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. W., J. B., K. W. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą „W i B” s.c. S. W., J. B., K. W.w Sieradzu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 22 lutego 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego oraz zawiadomienie
o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 lutego 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron
i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 marca 2021 r.
Izba po wysłuchaniu stanowisk Stron i Uczestnika – na podstawie art. 541 ustawy nPzp - oddaliła wniosek

Zamawiającego (zawarty w odpowiedzi na odwołanie)
o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka p. D. B. na okoliczność prowadzonego postępowania. Zgodnie z art. 541 ustawy nPzp, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. W ocenie Izby ww. dowód został powołany jedynie dla zwłoki, a fakty będące istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy wynikały z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie wskazać należy, iż sformułowana przez Zamawiającego teza dowodowa była błędna. Wszak okoliczność prowadzonego postępowania, nie była sporna między Stronami postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

W myśl § 33 SIWZ -Wymogi formalne oferty: Oferta musi spełniać następujące wymogi: Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ i być zgodna z „FORMULARZEM OFERTY" Część 4 SIWZ.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, kryterium oceny ofert stanowiły: 1) cena (z podatkiem VAT) o wadze 60% oraz 2) gwarancja jakości dot. całości przedmiot zamówienia (długoś okresu gwarancji) o wadze 40%.

Zgodnie z częścią II SIWZ zawierającą opis przedmiotu zamówieniaZamawiający wymaga udzielenia przez Wykonawców lub jego Podwykonawców okresu gwarancji jakości dot. całości przedmiotu zamówienia na poziomie minimalnym wynoszącym 36 miesięcy. Maksymalna długość gwarancji jakości dot. całości przedmiotu zamówienia może wynosić 72 miesiące. W ofercie, która będzie zawierać okres dłuższy niż 72 miesiące do obliczenia punktacji w kryterium „Gwarancja jakości dot. całości przedmiotu zamówienia" okresem przyjętym do obliczeń będzie okres 72 miesięcy.

Jednocześnie na stronie 13 SIWZ, Zamawiający wskazał:
Kryterium: GWARANCJA JAKOŚCI DOT. CAŁOŚCI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA [K2] – punkty zostaną obliczone według następującego wzoru:

$$K2 = \frac{G_{of}}{G_{max}} \times 40$$

Gof-długość gwarancji jakości określona w ofercie ocenianej
Gmax – najdłuższa gwarancja jakości spośród wszystkich ocenianych ofert
UWAGA: Minimalny okres gwarancji jakości musi wynosić 36 miesięcy.
Maksymalna długość gwarancji jakości dot. całości przedmiotu zamówienia może wynosić 72 miesiące. W ofercie, która będzie zawierać okres dłuższy niż 72 miesiące do obliczenia punktacji w kryterium „Gwarancja jakości dot. całości przedmiotu zamówienia" okresem przyjętym do obliczeń będzie okres 72 miesięcy".
W ww. kryterium można maksymalnie uzyskać 40 punktów.

Z kolei w części 4 SIWZ stanowiącej formularz oferty wraz z załącznikami w punkcie 2. Zamawiający podał:
„2.DEKLAROWANE WARUNKI REALIZACJI ZAMÓWIENIA
Deklaruję(-my) następujące warunki realizacji zamówienia:
1).OKRES GWARANCJI JAKOŚCI ..... - ……..……..……..
(określić w miesiącach, minimalny okres 36 miesięcy, maksymalny 60 miesięcy)"

Odwołujący złożył ofertę z ceną 2 363 371,13 zł oraz 60 - miesięcznym okresem gwarancji jakości. Z kolei Przystępujący zaoferował cenę 2 560 860 zł oraz 72 – miesięczny okres gwarancji jakości.
W dniu 12 lutego 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. W., J. B., K. W. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą „W i B" s.c. S. W., J. B., K. W. w Sieradzu, która otrzymała łącznie 95,37 pkt. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego z 93,33 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1, art. 38 oraz art. 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stosownie do treści art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis stosuje się odpowiednio.

W myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności
i przejrzystości.

Bezsporne między Stronami postępowania odwoławczego było, iż Odwołujący zaoferował okres gwarancji w liczbie 60 miesięcy. Oferta Odwołującego otrzymała
w ww. kryterium pozacenowym 33,33 pkt. Nie było również sporu, iż treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie maksymalnej długości gwarancji jakości dotyczącej całości przedmiotu zamówienia nie była jednolita i spójna. Jak wynikało bowiem
z formularza oferty maksymalny okres gwarancji jakości wynosił 60 miesięcy, podczas gdy
z innych postanowień SIWZ (§ 40 pkt 3 oraz część II opz pkt 7) wynikało, że okres ten wynosił 72 miesiące.

Izba wskazuje, że nie podzieliła stanowiska Przystępującego, iż zarzuty odwołania *de facto* sprowadzały się do zakwestionowania, po upływie terminu składania ofert, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Izby z analizy odwołania wprost wynika, iż Odwołujący kwestionował nieprawidłową ocenę jego oferty w kryterium pozacenowym. To, że ocena ofert w ramach kryteriów oceny ofert jest ściśle związana
z brzmieniem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest procesem naturalnym, skoro SIWZ stanowi zasadniczy dokument postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawierający wiążące wytyczne tak dla zamawiających, jak
i wykonawców.

Następnie Izba wskazuje, iż za irrelewantne należy uznać rozważania Stron, ile razy w treści specyfikacji

Zamawiający podał jeden z ww. okresów długości gwarancji, czy też jakiej wielkości czcionki użyto do sformułowania odnośnych postanowień SIWZ. Kluczowym
i niespornym jest, że treść specyfikacji w powyższym aspekcie była niejednolita, co też mogło skutkować wprowadzeniem poszczególnych wykonawców w błąd w zakresie wiążących postanowień dotyczących długości gwarancji jakości. Dalej podkreślić należy, iż to na zamawiającym jako gospodarzu postępowania spoczywa obowiązek jasnego, precyzyjnego i spójnego przygotowania dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SIWZ wraz z załącznikami, a błędy czy niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców.

Należy także wskazać, że SIWZ od momentu publikacji wiąże zarówno wykonawców jak i zamawiającego (por. np. wyrok z dnia 28.05.2010 r., KIO 868/10, z dnia 8.09.2014 r., , z dnia 7.01.2015 r., KIO 2735/15). Przyjęcie, że po terminie składania ofert zamawiający może stwierdzić, że część zapisów SIWZ nie obowiązuje, prowadzi do podważenia sensu kluczowej instytucji prawa zamówień publicznych jaką jest, wiążąca obie strony, SIWZ. W konsekwencji naruszone zostaną podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, w szczególności zasada przejrzystości postępowania. Nie będzie bowiem jasne, jakimi regułami w postępowaniu mają kierować się wykonawcy oraz jakie zasady wiążą zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba stwierdziła, iż rację miał Odwołujący, że nieścisłości wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące maksymalnego, punktowanego w ramach kryteriów oceny ofert okresu gwarancji jakości, powinny skutkować przyjęciem obu sposobów rozumienia SIWZ, które jednoznacznie wynikają z jej treści. Tym samym zarówno za zaoferowanie 60 miesięcy gwarancji jakości, jak i 72 miesięcy, oferty wykonawców winny otrzymać liczbę punktów właściwą dla maksymalnej wartości, tj. 40 pkt. Z uwagi na powyższe Izba uwzględniła przedmiotowe odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym przyznanie ofercie Odwołującego maksymalnej liczby punktów w kryterium „gwarancja jakości dot. całości przedmiotu zamówienia".

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 13 600 zł.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów dojazdu na rozprawę w kwocie 1000 zł na podstawie złożonego do akt sprawy duplikatu faktury.

Wskazać należy, iż zgodnie z § 5 pkt 2 lit. a) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, (…),
w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę. Z powyższego przepisu wynika zatem, iż koszty poniesione przez stronę muszą być uzasadnione. W okolicznościach przedmiotowej sprawy jakkolwiek Odwołujący złożył do akt duplikat faktury obejmującej koszty związane z dojazdem na rozprawę, to kwota ta nie wskazuje na wydatek tego rzędu, który byłby uzasadniony w świetle zasad doświadczenia życiowego zważywszy na odległość między siedzibą kancelarii pełnomocnika Odwołującego (Łódź), a siedzibą Krajowej Izby Odwoławczej (Warszawa), a pełnomocnik Odwołującego nie wykazał z jakich okoliczności wynika tak wysoka kwota.

Przewodniczący: ……