Sygn. akt KIO 3772/21

WYROK

z dnia 13 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2021 r. przez wykonawcę GRAFIT Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Muszynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża GRAFIT Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Muszynie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez GRAFIT Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Muszynie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od GRAFIT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Muszynie na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Białej Podlaskiej kwotę 3.949 zł 53 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt KIO 3772/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej - prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę śpiworków w ramach realizacji wyprawki dla noworodków urodzonych w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym w Białej Podlaskiej. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 2021/BZP 00235738/01 10 października 2021 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawca GRAFIT Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Muszynie wniósł odwołanie 27 grudnia 2021 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp polegające na jego błędnym zastosowaniu w sprawie i tym samym bezpodstawnym odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego, której treść miałaby być rzekomo niezgodna z warunkami zamówienia (rozdział III ust. 4 SWZ);

2) art. 255 pkt 2) Pzp polegające na jego błędnym zastosowaniu w sprawie i tym samym bezpodstawnym unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, a to z uwagi na okoliczność, że rzekomo wszystkie złożone oferty miałyby podlegać odrzuceniu;

3) art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp polegające na jego błędnym niezastosowaniu w sprawie i tym samym bezpodstawnym unieważnieniu czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu w dniu 20/12/2021 r. dokonanej przez zamawiającego czynności w postaci poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego, w zakresie formularza cenowego dotyczącego „producenta" zaoferowanych śpiworków (pismo znak: ZP.SR.3520/53-15401/21 (22)) dokonaną w dniu 30/11/2021 r.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;

2) unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego;

3) unieważnienie czynności w postaci unieważnienia czynności poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego w zakresie formularza cenowego dotyczącego „producenta" zaoferowanych śpiworków dokonaną w dniu 30/11/2021 r.;

4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W zakresie postępowania dowodowego odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania:

a. pisma odwołującego z 1 grudnia 2021 r. na okoliczność wyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki;

b. pisma odwołującego z 21 listopada 2021 r. na okoliczność wyjaśnienia, że odwołujący jest producentem zamawianych śpiworków;

c. formularza cenowego z oferty odwołującego się oraz jego wzoru - załącznika do oferty i do

SWZ - na okoliczność jego treści, wskazania producenta zamawianych śpiworków;

d. pisma zamawiającego z 19 listopada 2021 r. z żądaniem wyjaśnienia, kto jest producentem zamawianych śpiworków - na okoliczność jego treści, żądania wyjaśnień;

e. pisma zamawiającego z 30 listopada 2021 r. dotyczącego poprawienia innej omyłki oraz żądanie przesłania próbki śpiworka - na okoliczność jego treści, poprawienia innej omyłki, przedłożenia próbki;

f. pisma zamawiającego z 20 grudnia 2021 r. dotyczącego unieważnienia czynności poprawienia innej omyłki - na okoliczność jego treści;

g. pisma zamawiającego z 22 grudnia 2021 r. dotyczącego odrzucenia oferty i unieważnienie postępowania okoliczność jego treści, powodów i terminu odrzucenia oferty odwołującego, daty i powodu unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Nie zgłoszono przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 11 stycznia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący pismem z tej samej daty odniósł się do argumentacji zawartej w odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie, podczas której zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Odwołujący prawidłowo powiadomiony

o wyznaczonym terminie, nie stawił się.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale III ust. 4 SWZ zamawiający ustalił, że oferowany przedmiot zamówienia musi spełniać warunki określone w formularzu cenowym i pozostałych załącznikach do SWZ oraz niniejszym rozdziale. Niespełnienie któregokolwiek z wymagań określonych w w/w załącznikach, spowoduje odrzucenie oferty.

W rozdziale VI ust. 1 lit. B pkt 1 SWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca dostarczył do dnia i godziny składania ofert próbkę oferowanego asortymentu ujętego w formularzu cenowym, tj.: 1 szt. śpiworka niemowlęcego całorocznego, w celu potwierdzenia spełnienia wymagań określonych w SWZ. W pkt 2 zamawiający stwierdził, że w przypadku, gdy wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są

niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. W rozdziale VI ust. 1 lit. C zamawiający postanowił, że na ofertę składają się:

1) uzupełniony formularz ofertowy, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ (oryginał);

2) uzupełniony formularz cenowy, zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ.(oryginał).

W formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ zamawiający w ostatniej kolumnie przewidział obowiązek podania producenta i numeru katalogowego (i ile występuje). Formularz nie przewidywał obligu podania cech charakterystycznych, ani opisu przedmiotu świadczenia.

W odpowiedzi odwołujący złożył ofertę z formularzem cenowym, w którym nie podał producenta oferowanych śpiworków, ani numeru katalogowego. Kopia tego formularza znajdująca się w aktach sprawy nie zawiera ostatniej kolumny.

Pismem z 19 listopada 2021 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z prośbą o potwierdzenie, że jest on producentem zamawianych śpiworków. Pytał również, czy śpiworki posiadają numer katalogowy. Odwołujący pismem z 21 listopada 2021 r. odpowiedział, że jest producentem zamawianych śpiworków i nie posiadają one numeru katalogowego. 30 listopada 2021 r. zamawiający poinformował, że poprawił ofertę odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp przez wskazanie odwołującego jako producenta śpiworków oraz żądał złożenia próbki śpiworka do 1 grudnia 2021 r. Odwołujący pismem z 1 grudnia 2021 r. wyraził zgodę na dokonaną poprawę i zwrócił się z prośbą o przedłużenie terminu na złożenie próbki do 8 grudnia 2021 r.

Pismem z 3 grudnia 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego unieważnił wezwanie do uzupełnienia oraz przedłużenie terminu na uzupełnienie, zaś pismem z 20 grudnia 2021 r. powiadomił odwołującego o unieważnieniu czynności poprawienia innej omyłki.

Pismem z 22 grudnia 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz o unieważnieniu postępowania. W uzasadnieniu wskazał, że postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 2) ustawy, ponieważ wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu. Zamawiający podał, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, ponieważ, jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (rozdz. III ust. 4 SWZ). Wykonawca nie podał nazwy producenta zaoferowanych śpiworków niemowlęcych całorocznych. Nieskonkretyzowanie przedmiotu oferty - brak wskazania nazwy producenta uniemożliwia identyfikację zaoferowanych wyrobów oraz sprawdzenie zgodności z wymaganiami postawionymi w SWZ, a ponadto daje dużą dowolność wykonawcy na etapie realizacji umowy. Zamawiający wywiódł, że ewentualne uzupełnienia treści oferty są w tej sytuacji niedopuszczalne, bowiem prowadziłyby do istotnych zmian w treści złożonej oferty - oznaczałyby konkretyzację wskazania oferowanych wyrobów, a zatem czynność, której wykonawca powinien dokonać konstruując złożoną ofertę.

Oferta wykonawcy Multitex Sp. z o.o. w Głogówku została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy, ponieważ złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Wskazane ustalenia istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania zostały dokonane na podstawie SWZ oraz powołanych pism znajdujących się w kopii dokumentacji przekazanej przez zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 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 w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą odrzucenia oferty odwołującego był art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Pojęcie „warunków zamówienia" zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 29 Pzp. Przepis ten stanowi, że warunki zamówienia to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pojęcie „treści oferty" nie posiada definicji legalnej, jednak jego rozumienie zostało ukształtowane w orzecznictwie Izby i potwierdzone w rozstrzygnięciach sądów okręgowych przez odwołanie się do art. 66 § 1 k.c. Przepis ten stanowi, że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. W konsekwencji treść oferty w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym.

Przywołane poglądy prowadzą do przekonania, że uchybienie popełnione przez odwołującego w treści formularza cenowego polegające na braku podania producenta i numeru katalogowego oferowanych śpiworków miało charakter niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Izba nie miała wątpliwości, że obowiązkiem wykonawcy było wskazanie producenta śpiworków. Pogląd odwołującego o niejasności wymagania zamawiającego nie znajduje uzasadnienia, już z powodu prostego stwierdzenia, że każdy przedmiot dostawy posiada producenta. Rację ma zatem zamawiający twierdząc, że sformułowanie „o ile dotyczy" odnosi się wyłącznie do obowiązku podania numeru katalogowego, który nie każdy producent nadaje swym produktom.

W tej sytuacji obowiązkiem zamawiającego była ocena, czy stwierdzona niezgodność nadaje się do poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis ten stanowi wyjątek od reguły zakazu dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty sformułowanej w art. 223 ust. 1 zd. 2 Pzp, zatem podlega wykładni ścisłej.

Art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp nakazuje zamawiającemu poprawienie w ofercie, innych niż oczywiste omyłki rachunkowe lub pisarskie, omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i niezwłoczne zawiadomienie o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. Pojęcie „istotnych zmian w treści oferty" jest nieostre i ma charakter oceny, jednak również w tym przypadku orzecznictwo wypracowało reguły o uniwersalnym charakterze umożliwiające stosowanie przepisu.

Przede wszystkim, istotna zmiana treści oferty powinna stanowić znaczącą, istotną zmianę treści oświadczenia woli wykonawcy. Ponadto, zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę. Omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, muszą mieć taki charakter, aby ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, co do zasady bez udziału wykonawcy w tej czynności. O tym, czy po poprawieniu omyłki nastąpi istotna zmiana treści oferty należy oceniać, biorąc pod uwagę zakres zmian, przedmiot zamówienia i całość oferty (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. XII Ga 102/09). O istotności innej omyłki nie decyduje to, czy zmiana wpływa na cenę lub czy dotyczy essentialia negotii oferowanego świadczenia. Zmiana nieistotna w treści oferty to zmiana o niewielka w stosunku do całego przedmiotu oferowanego świadczenia.

Przeniesienie tych poglądów na grunt okoliczności faktycznych sporu prowadzi do przekonania, że zamawiający nie był uprawniony do poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Po pierwsze, uzupełnienie oferty o wskazanie producenta stanowiłoby istotną zmianę w treści oferty odwołującego, gdyż identyfikowałoby treść świadczenia oferowanego zamawiającemu. Formularz cenowy był jedynym źródłem wiedzy zamawiającego, na temat oferowanych śpiworków. Zamawiający żądał podania tej informacji, nie może zatem oprzeć się na ogólnym zobowiązaniu do wykonania zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji warunków zamówienia złożonym w formularzu ofertowym załączniku nr 1 do SWZ).

Brak załączenia do oferty formularza cenowego wskazującego producenta i ewentualnie numer katalogowy śpiworków uniemożliwia ustalenie, do jakiego świadczenia zobowiązuje się wykonawca. Uzupełnienie tej informacji po upływie terminu składania ofert doprowadziłoby do nierównego traktowania wykonawcy przez ustalenie przedmiotu dostawy po upływie terminu składania ofert.

Poprawienie oferty odwołującego przez wpisanie w ostatniej kolumnie producenta oferowanych śpiworków jest niedopuszczalne również z tego powodu, że żaden dokument złożony przez odwołującego w ramach oferty nie zawiera informacji, z której można by wywieść, że odwołujący jest producentem oferowanych śpiworków. W konsekwencji nie było podstaw do wezwania odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty. Wyjaśnienia takie kreowałyby nową, pominiętą treść oferty, nie zaś służyłby usunięciu niejasności w treści złożonego oświadczenia.

Izba uznała w konsekwencji, że zamawiający zasadnie unieważnił swoje czynności dotyczące poprawienia oferty odwołującego i odrzucając jego ofertę nie naruszył art. 223 ust. 2 pkt 3 i art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W konsekwencji postępowanie o udzielenie zamówienia podlegało unieważnieniu na podstawie art. 255 ust. 5 Pzp.

Zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia. Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był odwołujący.

Przewodnicząca: .....