Sygn. akt: KIO 2404/22

WYROK

z dnia 28 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2022 r. przez wykonawcę:

Grupa KDM sp. z o.o. (ul. Połczyńska 53, 01-336 Warszawa)

ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gmina Frombork (ul. Młynarska 5a, 14-530 Frombork)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego niezastosowania kryterium oceny ofert i nakazuje zamawiającemu unieważnienie: czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i postępowania o udzielenie zamówienia;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Grupa KDM sp. z o.o. w Warszawie

oraz zamawiającego - Gmina Frombork po połowie i:

3.1. zalicza w ich poczet poniesioną przez odwołującego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu;

3.2. zasądza od zamawiającego - Gmina Frombork na rzecz odwołującego Grupa KDM sp. z o.o. w Warszawie kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy

złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Frombork (dalej również „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym w oparciu o ustawę z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., aktualnie tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) (dalej również: „Ustawa" lub „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia na Modernizację kotłowni

miejskiej na biomasę we Fromborku (numer z planu postępowań: 2022/BZP 00009407/04/P; ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Informacji Publicznej pod numerem 2022/BZP 00245401/01) (dalej również: „Postępowanie"). Kryteria oceny ofert w Postępowaniu opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: „SWZ"), której załącznik nr 1 stanowi wzór oferty. W ramach Postępowania Zamawiający dokonał oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy ZAMER Zdzisław Żuromski sp.k. z siedzibą w Kraszewie (dalej również: „Wybrany Wykonawca")

W dniu 13 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Grupa KDM sp. z o.o. w Warszawie (dalej również: „Wykonawca" lub „Odwołujący") ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego związanych z wyborem oferty Wybranego Wykonawcy jako niezgodnej z warunkami postępowania oraz nieprawidłowym zastosowaniem - niezastosowaniem kryteriów oceny ofert, zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy w zw. z pkt XXII ust. 3 ppkt 2 sporządzonej przez Zamawiającego SWZ - poprzez jego niezastosowanie, a tym samym nieodrzucenie przez Zamawiającego oferty złożonej przez Wybranego Wykonawcę, podczas gdy Wybrany Wykonawca zaoferował Zamawiającemu okres gwarancji wynoszący 36 m-cy (pkt 4 oferty Wybranego Wykonawcy z 4 sierpnia 2022 r.), co w świetle treści pkt XXII ust. 3 ppkt 2 SWZ powinno prowadzić do odrzucenia oferty złożonej przez Wybranego Wykonawcę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy;

2. naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 Ustawy w zw. z pkt XXII ust. 3 ppkt 2 SWZ:

- poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, a tym samym wybór oferty złożonej przez Wybranego Wykonawcę, podczas gdy oferta ww. podmiotu podlegała odrzuceniu, a co za tym idzie Zamawiający powinien był wybrać, jako najkorzystniejszą, ofertę przedstawioną przez Odwołującego;

- poprzez jego niezastosowanie, a tym samym brak odjęcia 40 punktów z ostatecznej punktacji przyznanej ofercie złożonej przez Wybranego Wykonawcy (ze względu na okres gwarancji wynoszący 36 m-cy), co w świetle treści pkt XXII ust. 3 ppkt 2 SWZ powinno prowadzić do wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: odrzucenia oferty Wybranego Wykonawcy (jako niezgodnej z warunkami zamówienia) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy w zw. z pkt XXII ust. 3 ppkt 2 SWZ oraz powtórny wybór najkorzystniejszej oferty w ramach Postępowania i z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia powyższego, o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia zaskarżonej czynności Zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 21 września 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania, wskazując między innymi na brak zobowiązania do odrzucenia oferty Wybranego Wykonawcy wobec zasady ścisłej interpretacji warunków udziału w postępowaniu zawartych w SWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na Modernizację kotłowni miejskiej na biomasę we Fromborku.

Zgodnie z SWZ Dział XXII „OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT

- Pkt. 2: „Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami o następujących wagach:

(1) cena (brutto) - 60%

(2) okres gwarancji - 40%"

- Pkt. 3 „Sposób oceny ofert: Liczba punktów przyznawana przez jednego oceniającego dla

oferty, w przyjętych kryteriach oceny ofert: X(1) x 60% + X(2) x 40% , gdzie: X(1) - liczba punktów przyznawana w kryterium cena (brutto) , X(2) - liczba punktów przyznawana w kryterium okres gwarancji. Ocena łączna oferty stanowi sumę punktów uzyskanych w ramach wszystkich kryteriów.

(1) Sposób obliczenia X(1): Wykonawca zamówienia, który zaproponuje najniższą cenę otrzyma 100 pkt, natomiast pozostali Wykonawcy odpowiednio mniej punktów wg wzoru: X(1) = cena (brutto) najniższa x 100 pkt / cena (brutto) badanej oferty

(2) Sposób obliczenia X(2): Ocenie wg tego kryterium podlega okres gwarancji. Okres gwarancji udzielanej przez Wykonawcę musi zostać podany w pełnych miesiącach. Okres gwarancji udzielanej przez wykonawcę nie może być krótszy niż 60 miesięcy, Wykonawca zamówienia, który zaproponuje minimalny okres gwarancji, tj. 60 miesięcy otrzyma 0 pkt. Wykonawca zamówienia, który zaproponuje maksymalny okres gwarancji, tj. 120 miesięcy otrzyma 100 pkt, natomiast pozostali Wykonawcy odpowiednio mniej punktów wg wzoru: X(2)= [okres gwarancji oferty badanej (w miesiącach) - 60 miesięcy (minimalny okres gwarancji)] x 100 pkt / 120 miesiące (maksymalny okres gwarancji) - 60 miesięcy (minimalny okres gwarancji)
UWAGA: W kryterium (2) przyjmuje się, że maksymalny okres gwarancji wynosi 120 miesięcy. Dla ofert z dłuższym okresem gwarancji przyjmowany będzie dla oceny ofert okres gwarancji równy 120 miesięcy. W przypadku, gdy Wykonawca nie poda w formularzu ofertowym okresu gwarancji lub zaoferuje okres gwarancji poniżej ustalonego minimum, Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia."

Jednocześnie zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ - wzór oferty wykonawca zobowiązany był złożyć ofertę zawierającą oświadczenie w przedmiocie długości oferowanej gwarancji: „4.Oświadczamy, że udzielimy Zmawiającemu na przedmiot zamówienia gwarancji na zrealizowane roboty oraz zastosowane materiały i urządzenia na okres..... miesięcy licząc od daty odebrania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia i podpisania protokołu odbioru końcowego. (okres gwarancji należy podać w pełnych miesiącach w postaci liczby całkowitej. Minimalny okres jaki może zaoferować Wykonawca to 60 miesięcy, a maksymalny okres wynosi 120 miesięcy) , przy czym załącznik ten został zmieniony w toku Postępowania i na dzień składania ofert wykonawca zobowiązany był złożyć ofertę zawierającą oświadczenie w przedmiocie długości oferowanej gwarancji: „4.Oświadczamy, że udzielimy Zmawiającemu na przedmiot zamówienia gwarancji na zrealizowane roboty oraz zastosowane materiały i urządzenia na okres..... miesięcy licząc od daty odebrania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia i podpisania protokołu odbioru końcowego. (okres gwarancji należy podać w pełnych miesiącach w postaci liczby całkowitej. Minimalny okres jaki może zaoferować Wykonawca to 36 miesięcy, a maksymalny okres wynosi 60 miesięcy).

Dodatkowo zgodnie z Działem XVIII. „OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWYWANIA OFERTY" 1. Oferta musi obejmować całość przedmiotu zamówienia i musi być sporządzona zgodnie z niniejszą SWZ na formularzu o treści zgodnej z określoną w ZAŁĄCZNIKU NR 1 do SWZ."

W Postępowaniu nie były składane zapytania ani udzielane wyjaśnienia dotyczące kryteriów oceny ofert, w szczególności dotyczące gwarancji, ani załącznika nr 1 do SWZ wzoru oferty.

W Postępowaniu złożone zostały dwie oferty: Odwołującego na kwotę 6 297 600,00 zł z okresem gwarancji 60 miesięcy i Wybranego Wykonawcy na kwotę 4 120 500,00 zł z okresem gwarancji 36 miesięcy. Obie oferty złożone zostały na aktualnym formularzu oferty zawierającym informację o minimalnym okresie gwarancji, jaki może zaoferować wykonawca w wysokości 36 miesięcy i maksymalnym 60 miesięcy.

Zamawiający odstąpił od stosowania przewidzianego SWZ kryterium oceny ofert w postaci okresu gwarancji, dokonując oceny wyłącznie o pierwsze kryterium - cenę. Zaniechanie dokonania oceny ofert w oparciu o kryterium okresu gwarancji spowodowane było złożeniem obu ofert na nowym formularzu ofertowym zawierającym adnotację o okresie gwarancyjnym od 36 do 60 miesięcy, podczas gdy kryterium oceny ofert z SWZ odnosiło się do okresu gwarancyjnego od 60 do 120 miesięcy.

Oferta Wybranego Wykonawcy otrzymała 60 % a Odwołującego się 40% w ramach kryterium ceny.

Zamawiający dokonując oceny ofert nie zastosował kryterium okresu gwarancji, oraz tych z przewidzianych w dziale XXII SWZ pkt. 2 i 3 elementów wzorów, które odnosiły się do pominiętego kryterium.

Jako najkorzystniejsza wybrana oferta z najniższą ceną Wybranego Wykonawcy.

Mając na uwadze zapisy SWZ (Dział XXII pkt. 2 i 3 wskazujące na minimalny oczekiwany od wykonawcy okres gwarancji 60 miesięcy i maksymalny 120 miesięcy i przyjęty sposób wyliczenia kryterium oceny ofert, który odnosi się do założonego okresu gwarancji od 60 do 120 miesięcy gdzie okres 60 miesięczny daje 0 %, 120 miesięcy 100% a zaoferowanie większej liczby miesięcy zwiększać ma przyznaną punktację i Załącznika nr 1 wzór oferty wskazującego na minimalny oczekiwany od wykonawcy okres gwarancji 36 miesięcy i maksymalny 60 miesięcy) Izba stwierdza, że na dzień upływu terminu składania ofert SWZ zawierał sprzeczne i mogące wprowadzić w błąd postanowienia w zakresie oczekiwanych warunków oferty i sposobu jej oceniania a ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej dokonane zostały z naruszeniem SWZ.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez Strony i oparła się na dokumentacji Postępowania, uwzględniając stanowiska i oświadczenia Stron i zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uwzględniła odwołanie w zakresie, w jakim kwestionowało kryterium oceny ofert i dokonaną bez jego uwzględnienia ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej i oddaliła w pozostałym zakresie. Jednocześnie wobec wewnętrznie sprzecznej treści postanowień SWZ, w zakresie kwestionowanym odwołaniem, i wiążącej się z tym niemożności dokonania oceny ofert w oparciu o przewidziane SWZ kryteria Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru i oceny ofert oraz całego postępowania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 239 Ustawy: 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 240 Ustawy: 1. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. 2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Wobec złożenia przez Wybranego Wykonawcę oferty o treści zgodnej z zapisami SWZ załącznik nr 1 tj. ze wskazaniem okresu gwarancji zgodnego z żądaniem

Zamawiającego zawartym w treści formularza oferty i ofercie Przystępującego oraz dodatkowo niejednoznaczności - sprzeczności zapisów SWZ dział XXII pkt. 2 i 3 odnoszących się do kryteriów oceny ofert oraz zapisów SWZ załącznik nr 1 wzór oferty odnoszących się do wymaganego okresu udzielanej gwarancji - również wobec braku kwestionowania zapisów SWZ oraz braku zapytań do treści SWZ w toku Postepowania - nie zachodzą przesłanki przewidziane Ustawą uprawniające do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Czynność odrzucenia oferty, jako zamykająca wykonawcy możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne, może mieć miejsce, gdy niezgodność jest bezsprzeczna. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega zaś na sporządzeniu i przedstawieniu oferty oraz innych dokumentów dookreślających i precyzujących zobowiązanie wykonawcy, składanych wraz z formularzem ofertowym lub na żądanie zamawiającego w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia. Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy, jeżeli SWZ nie zawiera wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących jej treści. Skoro z SWZ nie wynika jednoznaczny obowiązek wykonawcy zaoferowania oferty z okresem gwarancji dłuższym niż 36 miesięcy, to Zamawiający nie może odrzucić oferty wobec zaoferowania okresu gwarancji zgodnego z informacją, jaką Zamawiający zawarł w formularzu ofertowym wskazującym na minimalny okres gwarancji 36 miesięcy. W niniejszym sprawie odwołanie nie sprostało wymogowi wykazania spełnienia przesłanek odrzucenia oferty. Jednocześnie wewnętrzna sprzeczność postanowień SWZ:

- kryteriów oceny ofert przewidujących obowiązek złożenia ofert z zastrzeżeniem minimalnego okresu gwarancji 60 miesięcy i maksymalnego 120 miesięcy (Dział XXII pkt. 2 i 3) i założenia, że zaoferowanie minimalnego okresu gwarancji o długości 60 miesięcy powoduje przyznanie 0 procent, zaoferowanie maksymalnego okresu gwarancji o długości 120 miesięcy lub więcej powoduje przyznanie 100 procent a zaoferowanie więcej niż 60 i mniej niż 120 miesięcy powoduje przyznanie dodatkowych punktów według określonego SWZ wzoru i jednocześnie

- przewidujących obowiązek złożenia oferty z zaoferowaniem minimalnego okresu gwarancji 36 miesięcy i maksymalnego 60 miesięcy (załącznik nr 1 do SWZ - wzór oferty)

- i jednocześnie złożenie przez wykonawców ofert na formularzach, w których wykonawcy zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego zaoferowali okres gwarancji jeden o długości minimalnej 36 miesięcy, drugi o długości maksymalnej 60 miesięcy

spowodowało niemożność prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przewidzianych SWZ kryteriów oceny ofert, co czyni uzasadnionym zarzut naruszenia Ustawy w zakresie niezastosowania przewidzianego SWZ kryterium oceny ofert w postaci długości okresu gwarancji.

Wobec niemożności usunięcia na obecnym etapie błędu w zapisach SWZ i tym samym niemożności dokonania oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z SWZ a tym samym zgodnie z przepisami Ustawy Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty i unieważnienie czynności Postępowania.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu" zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W niniejszej sprawie, w odniesieniu do zarzutów oddalonych odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców", co nie zostało i nie mogło zostać wykazane odwołaniem. Izba jeszcze raz podkreśla, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji bezsporności istnienia sprzeczności. Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy, jeżeli SWZ nie zawiera wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących jej treści, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca wobec oczywistej wewnętrznej sprzeczności postanowień SWZ: Dział XXII i załącznik nr 1 oraz treści złożonych ofert.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na

podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt. 1) w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący .....