

WYROK

Warszawa, dnia 17 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych OSTRADA Sp. z o.o. w restrukturyzacji z siedzibą w Ostrołęce
w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Turośl
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – BIK-PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Łomży

orzeka:

1. oddala odwołanie,
 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego 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, wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego z tytułu reprezentacji w kwocie 3600 zł,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).
- Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Turośl prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa i rozbudowa dróg gminnych na terenie gminy Turośl”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00336431 z dnia 23.05.2024 r.

W dniu 26 czerwca 2024 r. wykonawca - Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych OSTRADA Sp. z o.o. w restrukturyzacji z siedzibą w Ostrołęce (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 60 i art. 65 § 1 ustawy z 24 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny („Kc”) poprzez dokonanie interpretacji oferty Odwołującego niezgodnie z zasadami interpretacji oświadczeń woli,
- 2) art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty Odwołującego,
- 3) art. 223 ust. 2 pkt 1) Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie Odwołującego,
- 4) art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,
- 5) art. 17 Pzp poprzez bezzasadne wydatkowanie kwot wyższych od tych, za które Zamawiający może uzyskać świadczenie tej samej jakości.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny ofert i uznania, że Odwołujący zaoferował gwarancję w wymiarze 72 miesięcy, czyli przedłużenie gwarancji wymaganej (60 miesięcy) o 12 miesięcy.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym z dopuszczeniem ofert częściowych w trzech częściach. W dwóch z nich: II i III Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę oferując najniższą cenę oraz najdłuższą gwarancję. Zamawiający jednak przyznał mu 0 punktów w kryterium gwarancja przez co dokonał wyboru ofert droższych przy tej samej gwarancji.

Odwołujący wskazał, że w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) zawarto następujący opis:

„Rozdział V. Opis przedmiotu zamówienia

4. Wymagania dotyczące gwarancji i rękojmi: minimalny termin gwarancji i rękojmi dla każdej tj. Części I, II i III wynosi 60 miesięcy od dnia odbioru końcowego przez Zamawiającego. Wykonawca może przedłużyć termin gwarancji i rękojmi do 72 m-cy;

a) okres gwarancji i rękojmi rozpoczyna się w dniu następnym, po dniu w którym nastąpił bezusterkowy odbiór końcowy całości zadania będącego przedmiotem umowy,

b) gwarancją i rękojmią objęte są wszystkie elementy wykonane przez Wykonawcę w ramach realizacji i

przedmiotu zamówienia,

c) okres rękojmi będzie odpowiadał okresowi gwarancji.”

W dalszej treści SWZ znajduje się informacja:

„Rozdział XXI. Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert

- Okres dodatkowej gwarancji i rękojmi na wykonane roboty budowlane - rękojmia na

wykonane roboty budowlane (okres dodatkowo udzielonej rękojmi powyżej 60 miesięcy) - waga kryterium 40%

Najkrótszy możliwy okres rękojmi wymagany przez Zamawiającego to 60 miesięcy liczone od daty dokonania odbioru końcowego robót. W powyższym kryterium oceniany będzie okres dodatkowo udzielonej rękojmi powyżej 60 miesięcy. Górna, oceniana granica rękojmi na wykonane roboty wynosi 72 miesiące. Ocena będzie dokonywana na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu ofertowym w następujący sposób:

- w przypadku wydłużenia okresu rękojmi o 12 miesięcy - 40 pkt

- w przypadku wydłużenia okresu rękojmi o 9 miesięcy - 30 pkt

- w przypadku wydłużenia okresu rękojmi o 6 miesięcy - 20 pkt.

Nie wskazanie przez Wykonawcę w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej SWZ okresu dodatkowo udzielonej gwarancji powyżej 60 miesięcy będzie oznaczać, że Wykonawca nie zaproponował wydłużenia okresu rękojmi i w ww kryterium otrzyma 0 pkt. Wykonawca może zaoferować okres rękojmi wyłącznie na ilość miesięcy wskazaną wyżej. W innym przypadku oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z treścią SWZ.”

Dodatkowo, w formularzu oferty zamieszczono następujący tekst:

2. Jednocześnie oferujemy okres dodatkowo udzielonej rękojmi na wykonane roboty ponad wymagany przez zamawiającego okres 60 miesięcy:

.....

UWAGA: należy wpisać oferowany wydłużony okres rękojmi (6 miesięcy lub 9 miesięcy lub 12 miesięcy). W przypadku nie wpisania okresu wydłużonego okresu rękojmi lub podania innego niż wymieniono w SWZ Zamawiający przyjmie, że Wykonawca nie oferuje wydłużenia okresu rękojmi udziela 60 miesięcznej rękojmi na wykonane roboty a ww kryterium otrzyma 0 pkt.”

Odwołujący wyjaśnił, że wpisał w swojej ofercie oferowany okres gwarancji 72 miesiące, co Zamawiający uznał za nie zaoferowanie wydłużenia okresu rękojmi skutkującego przyznaniem 0 pkt.

Nie sposób się z tym zgodzić.

Odwołujący wskazał, że po pierwsze „Opis przedmiotu zamówienia” jednoznacznie wskazywał, że Wykonawca może wydłużyć okres gwarancji do 72 miesięcy, a „Opis kryteriów” stwierdzał, że górną granicą jest 72 miesiące. Jedynie uwaga poczyniona na formularzu oferty wskazywała, że właściwym jest wpisanie cyfr „6”, „9” lub „12”. Jednak wobec takiej różnorodności przekazywanych przez Zamawiającego instrukcji, Odwołujący mógł przyjąć, że oferując maksymalny termin gwarancji powinien wpisać 72. Obecnie nie można obarczać Odwołującego brakiem jednoznaczności warunków zamówienia, a wszelkie wątpliwości powinny być rozstrzygane na jego korzyść.

Ponadto Odwołujący zauważył, że mając na uwadze przepis art. 8 ust. 1 Pzp jego oferta jako oświadczenie woli, winna zostać tłumaczona zgodnie z art. 65 § 1 Kc. W konsekwencji odczytując treść oferty zamawiający powinien był uwzględnić okoliczności, w których została złożona. Oczywistym jest natomiast, że intencją Odwołującego nie było ani zaoferowanie dodatkowych (ponad 60) 72 miesięcy gwarancji, ani nie zaoferowanie żadnego przedłużenia gwarancji. Nie wymaga wiedzy specjalnej ustalenie, że wpisanie w formularzu oferty liczby 72 wskazuje oferowaną przedłużoną gwarancję, czyli 60 + 12 miesięcy. Sposób zapisania tej informacji (tekst) jest różny od wskazanego w formularzu oferty (lecz nie w „Opisie przedmiotu” i „Opisie kryteriów”), jednak treść (znaczenie) oferty jest jednoznaczna i zgodna z wymaganiami. Interpretacja oferty stwierdzająca, że Odwołujący nie zaoferował przedłużenia okresu gwarancji urąga logice i zasadom współżycia społecznego. Czytając w ten sposób choćby przywołane wyżej fragmenty SWZ należy stwierdzić, że Zamawiający całkowicie swobodnie podchodzi po pojęć „gwarancja” i „rękojmia”:

- w Rozdziale V używa zbitki „gwarancja i rękojmia”

- w Rozdziale XXI w akapicie pierwszym jest „gwarancja i rękojmia”, w drugim kilkakrotnie „rękojmia”, a w trzecim „gwarancja” (wiersz 2) i oddzielnie „rękojmia” (wiersz 3 i 4)

- w formularzu oferty jest tylko „rękojmia”.

Czytając ten tekst literalnie należałoby stwierdzić, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp z tego powodu, że zmienił kryteria po wpłynięciu ofert. Zapowiadał w SWZ, że przedmiotem oceny będzie „gwarancja i rękojmia”, a tymczasem żądał podania w formularzu oferty jedynie rękojmi. Zamawiający, nie posiadając

informacji o oferowanej gwarancji, nie mógł dokonać oceny ofert zgodnie z SWZ. Ani Odwołujący, ani inni wykonawcy nie interpretują dokumentów zamówienia złośliwie i nie przypisują Zamawiającemu złych intencji, gdyż interpretujemy SWZ (tak, jak wszystkie oświadczenia) zgodnie z zasadami logiki i współżycia społecznego. Tego samego Odwołujący (i

każdy inny wykonawca) oczekuje od każdego zamawiającego. Tak, jak zrozumienie treści specyfikacji wymaga czytania ze zrozumieniem, tak nie większego wysiłku wymaga odczytanie treści oferty Odwołującego.

Kolejno Odwołujący wskazał, że jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty, to zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp ma obowiązek zażądać wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien samodzielnie odczytać treść jego oferty. Jeśli jednak ma z tym problem, jest zobowiązany zażądać wyjaśnień, a nie dokonywać niezgodnej z zasadami, o których mowa powyżej interpretacji oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił także, że art. 223 ust. 2 Pzp nakazuje Zamawiającemu poprawianie różnych omyłek, a zastosowanie ww. przepisu nie jest oznaką dobrej woli, lecz obowiązkiem zamawiającego. Dotyczy to również sytuacji, w których Zamawiający wymagał określonego działania. Nawet, gdyby przyjąć, że w treści oferty Odwołującego jest omyłka (wpisał 72, a powinien 12), omyłka taka powinna zostać poprawiona przez Zamawiającego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1) Pzp, jako oczywista omyłka pisarska. Wykrycie i poprawienie tej omyłki nie wymaga wiadomości specjalnych, a jedynie czytania ze zrozumieniem. Zdaniem Odwołującego nie jest konieczne w przedmiotowym stanie sprawy sięganie po tę instytucję, jednak jej zastosowanie powinno mieć pierwszeństwo przed bezmyślnym, mechanicznym przypisaniem ofercie Odwołującego 0 punktów, jak to uczynił Zamawiający łamiąc opisane wyżej zasady.

Odwołujący stwierdza, że treść jego oferty jest zgodna z warunkami zamówienia i w sposób dostateczny, zgodnie z art. 60 Kc, ujawnia jego wolę zaoferowania maksymalnego terminu gwarancji i rękojmi. Dlatego Odwołujący nie widzi podstaw do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp. Niemniej, z ostrożności procesowej wnosi, aby w przypadku nie uznania powyższej argumentacji Zamawiający potraktował tę omyłkę jako inną i poprawił ją zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp. Uprzedzając Odwołujący wyraża zgodę na taką poprawę, gdyż od samego początku jego intencją było zaoferowanie Zamawiającemu maksymalnego okresu gwarancji i rękojmi, czy to wyrażonej w postaci łącznych 72 miesięcy, czy 12 miesięcy ponad minimalny, 60-miesięczny termin.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę BIK-PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Łomży, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zamawiający w Rozdziale XXI SWZ ustalił dla części I-III zamówienia następujące kryteria oceny ofert:

Nr:	Nazwa kryterium:	Waga:
1.	Cena	60 %
2.	Okres dodatkowej gwarancji i rękojmi na wykonane roboty budowlane	40%

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że „Najkrótszy możliwy okres rękojmi wymagany przez Zamawiającego to 60 miesięcy liczone od daty dokonania odbioru końcowego robót. W powyższym kryterium oceniany będzie okres dodatkowo udzielonej rękojmi powyżej 60 miesięcy. Górna, oceniana granica rękojmi na wykonane roboty wynosi 72 miesiące. Ocena będzie dokonywana na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu ofertowym w następujący sposób:

- w przypadku wydłużenia okresu rękojmi o 12 miesiące - 40 pkt
- w przypadku wydłużenia okresu rękojmi o 9 miesięcy - 30 pkt
- w przypadku wydłużenia okresu rękojmi o 6 miesięcy - 20 pkt.

Nie wskazanie przez Wykonawcę w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej SWZ okresu dodatkowo udzielonej gwarancji powyżej 60 miesięcy będzie oznaczać, że Wykonawca nie zaproponował wydłużenia okresu rękojmi i w w/w kryterium otrzyma 0 pkt. Wykonawca może zaoferować okres rękojmi wyłącznie na ilość miesięcy wskazaną wyżej. W innym przypadku oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z treścią SWZ.”.

Punkt 2 Formularza oferty miał następujące brzmienie: „2. Jednocześnie oferujemy okres dodatkowo udzielonej rękojmi na wykonane roboty ponad wymagany przez zamawiającego okres 60 miesięcy:

.....

UWAGA: należy wpisać oferowany wydłużony okres rękojmi (6 miesięcy lub 9 miesięcy lub 12 miesięcy). W

przypadku nie wpisania okresu wydłużonego okresu rękojmi lub podania innego niż wymieniono w SWZ Zamawiający przyjmie, że Wykonawca nie oferuje wydłużenia okresu rękojmi i udziela 60 miesięcznej rękojmi na wykonane roboty a w/w kryterium otrzyma 0 pkt."

Izba ustaliła również, że w Formularzu ofertowym dla części II i III zamówienia Odwołujący punkt 2 wypełnił w następujący sposób: „2. Jednocześnie oferujemy okres dodatkowo udzielonej rękojmi na wykonane roboty ponad wymagany przez zamawiającego okres 60 miesięcy: 72 miesiące dla części I, II, III zamówienia”.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Wskazać należy, że na etapie postępowania odwoławczego nie jest dopuszczalne przypisywanie odmiennego znaczenia postanowieniom SWZ, niż wynika to z ich treści, gdyż treść SWZ od momentu publikacji stanowi źródło zasad, według których prowadzone jest postępowanie i obowiązuje w równym stopniu wszystkich jego uczestników. Pzp przewiduje możliwość interwencji wykonawców w zakresie treści dokumentów zamówienia przyznając wykonawcom takie narzędzia jak np. prawo zadania pytań do treści SWZ, czy złożenia środka ochrony prawnej celem wprowadzenia modyfikacji treści dokumentów zamówienia. Powyższe jednak odbywa się na ściśle określonych w treści ustawy zasadach, w szczególności w określonych tam terminach. Po ich bezskutecznym upływie nie jest możliwe modyfikowanie postanowień dokumentów zamówienia, w tym postanowień SWZ. Zasady ustalone ostatecznym brzmieniem dokumentów zamówienia są obowiązujące na równi uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Innymi słowy po terminie składania i otwarcia oferty nie ma możliwości wprowadzenia zmian do treści SWZ i obowiązuje ona w równym stopniu zarówno zamawiającego, jak i wykonawców.

Uwzględniając powyższe wskazać należy, że jak wynika z przytoczonych wyżej postanowień dokumentacji postępowania Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny określił wymagania odnośnie możliwości przyznania punktów w kryterium oceny ofert „Okres dodatkowej gwarancji i rękojmi na wykonane roboty budowlane”. Zamawiający oczekiwał od wykonawców podania w Załączniku Nr 1 do SWZ - Formularz Ofertowy okresu wydłużenia gwarancji i rękojmi o ściśle wskazane dane, tj. podania czy gwarancja i rękojmia jest wydłużona o 6, 9, czy 12 miesięcy. Odwołujący natomiast, wbrew ustalonym przez Zamawiającego regułom wpisał wartość inną tj. 72 miesiące. Mając więc na uwadze zastrzeżenia Zamawiającego, iż w przypadku podania innego okresu niż wymieniono w SWZ Zamawiający przyjmie, że Wykonawca nie oferuje wydłużenia okresu rękojmi i udziela 60 miesięcznej rękojmi na wykonane roboty a w/w kryterium otrzyma 0 pkt, Zamawiający w sposób prawidłowy przyznał Odwołującemu 0 punktów w ww. kryterium oceny ofert. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego co do niejednoznaczności opisu kryterium oceny ofert. Zamawiający bowiem w sposób wyraźny określił sposób i zasadę przyznawania punktów w tym kryterium. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego co do konieczności dokonania interpretacji treści oferty przy uwzględnieniu przepisu art. 65 § 1 Kc, zgodnie z którym świadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje nie może mieć miejsca w niniejszej sytuacji. Odwołujący bowiem wprost wskazał, przy ustalonym brzmieniu dokumentacji postępowania, że oferuje dodatkową rękojmię w wysokości 72 miesięcy. Z powyższego w żaden sposób nie można wywieść że jego intencją było wydłużenie gwarancji i rękojmi o dodatkowe 12 miesięcy.

W konsekwencji zarzut dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp okazał się niezasadny.

Izba za niezasadny uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp wskazać należy, że zgodnie z ww. przepisem w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby wpisanie przez Odwołującego wartości 72 miesięcy zamiast dopuszczonych przez Zamawiającego wartości nie mogło podlegać ani wyjaśnieniom treści oferty, ani tym bardziej sprostowaniu w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1) poprzez uznanie, że powyższe stanowi oczywistą omyłkę pisarską.

Podkreślić należy, że dokonanie przez Zamawiającego zmiany w trybie sprostowania omyłki pisarskiej z 72 na 12 miesięcy spowodowałoby zmianę treści oferty, poprzez zmianę zaoferowanego okresu dodatkowej rękojmi, która to wartość podlegała punktacji w kryterium oceny ofert. Bezsporne w przedmiotowej sprawie jest, że nie wskazanie prawidłowego okresu dodatkowo udzielonej rękojmi na wykonane roboty ponad wymagany przez Zamawiającego okres 60 miesięcy tj. 6 miesięcy lub 9 miesięcy lub 12 miesięcy, nie może być traktowane jako omyłka pisarska, omyłka rachunkowa czy inna omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Tym samym poprawienie omyłki w przedmiotowym stanie faktycznym prowadziłoby bowiem do istotnej zmiany treści oferty. Również nie sposób uznać, że powyższa kwestia podlegała wyjaśnieniom w trybie art. 223 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowań orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 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).

Przewodnicząca: