

WYROK

Warszawa, dnia 17 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2024 r. przez odwołującego R.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą OBI COMPLEX R.Z. w Żorach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Rybnik

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,

1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,

1.3. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 p.z.p. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć zamawiającego Miasto Rybnik i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 17 200,00 zł (siedemnaście tysięcy dwieście złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego,

2.2. zasądza od zamawiającego Miasta Rybnik na rzecz odwołującego R.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą OBI COMPLEX R.Z. w Żorach kwotę 13 600,00 zł (trzynaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Rybnik ul. Bolesława Chrobrego Nr 2, 44-200 Rybnik, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wymiana oświetlenia sodowego na ledowe”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 marca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00228784/01, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym bez negocjacji.

W dniu 24 kwietnia 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca R.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą OBI COMPLEX ul. Łąkowa 24b, 44-240 Żory dalej zwany „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 2) i 3) ustawy Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rzekomej niezgodności z warunkami zamówienia,
2. art. 255 pkt 3) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez unieważnienie Postępowania w sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu, zaś zaoferowana cena nie przewyższa kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia,
3. ewentualnie – art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty w zakresie szaf z kompensatorami,
4. ewentualnie – art. 223 ust. 2 pkt 1) lub 3) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej, względnie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego, ewentualnie – wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty w zakresie szaf z kompensatorami lub poprawienia oferty odwołującego w powyższym zakresie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 lub 3 p.z.p.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W dniu 19.04.2024 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz unieważnieniu postępowania. W ocenie odwołującego, czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu zostały dokonane z naruszeniem ustawy p.z.p.

Podstawą odrzucenia oferty odwołującego była rzekoma jej niezgodność z warunkami zamówienia. Jak wynika z uzasadnienia decyzji zamawiającego: „Zamawiający wymagał, aby w formularzu ofertowym w tabeli nr 1 dotyczącej parametrów oferowanych opraw i szaf, Wykonawca wpisał:

- w pozycji „oprawy” - producenta opraw (firmę)
- w pozycji „szafa oświetleniowa” – nazwę systemu sterowania oraz producenta
- w pozycji „szafa z kompensatorami” – producenta (firmę).

Jednocześnie zarówno w SWZ, jak i w formularzu ofertowym pod ww. tabelą Zamawiający poinformował, że brak informacji pozwalających na ustalenie oferowanego produktu będzie podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Wykonawca w tabeli nr 1 formularza ofertowego w pozycji „szafa z kompensatorami” nie wpisał nazwy producenta, co uniemożliwiło Zamawiającemu ustalenie oferowanego produktu”.

Odnosząc się do ww. informacji zdaniem odwołującego stwierdzić jednoznacznie należy, że czynność odrzucenia jego oferty nie znajduje podstaw faktycznych i prawnych. Brak wskazania w treści formularza ofertowego informacji na temat producenta „szaf z kompensatorami” nie stanowi bynajmniej niezgodności oferty z warunkami zamówienia, gdyż podanie tego rodzaju informacji było bezprzedmiotowe. W istocie przedmiot zamówienia nie obejmuje bowiem urządzeń w postaci „szaf z kompensatorami”, lecz szaf oświetleniowych, w których montowane będą kompensatory. Użyte w formularzu pojęcie „szafa z kompensatorami” jest puste semantycznie, gdyż odnosi się w istocie do szafy oświetleniowej, w której wbudowane będą kompensatory. Z tego względu odwołujący, wypełniając formularz ofertowy, posługiwał się pojęciem szaf oświetleniowych, co znajduje jednoznaczne potwierdzenie w treści PFU, jak również tabeli nr 2 i 3 zawartej w formularzu ofertowym, gdzie używane jest wyłącznie pojęcie „szafa oświetleniowa wraz z kompensatorami”. Montaż kompensatorów w szafach oświetleniowych wynika też z rysunku nr 1 (schemat szafy oświetleniowej) zawartego w PFU.

Wobec powyższego, pojęcie „szafy z kompensatorami” należy utożsamiać z pojęciem „szafy oświetleniowej wraz z kompensatorami”. Zważywszy że odwołujący podał w ofercie nazwę producenta oferowanych szaf oświetleniowych (Rabbit), zamawiający dysponuje wszelkimi wymaganymi informacjami. Dotyczy to również pozycji 23 tabeli nr 1 w formularzu ofertowym, gdzie w pozycji „szafa z kompensatorami” odwołujący wskazał na szafy oświetleniowe firmy Rabbit. To, że pozycja 23 (trakt rowerowo-pieszy wzdłuż rzeki Nacyny) – obejmuje dobudowę szafy wyposażonej w same kompensatory nie zmienia faktu, że chodzi o element szafy oświetleniowej (jeden z modułów szafy oświetleniowej). Pozycja 23 obejmuje dostawę części szafy oświetleniowej, stąd też wskazanie w ofercie na szafę oświetleniową firmy Rabbit jest zgodne z warunkami zamówienia. Kwestia nazewnictwa pozostaje tu bez znaczenia. Tym samym, według odwołującego, zaoferowanie dla wszystkich pozycji tabeli nr 1, w tym pozycji nr 23 (z wyłączeniem pozycji, w których wymagane są same oprawy) szaf oświetleniowych firmy Rabbit pozostaje w pełni zgodne z warunkami zamówienia. Zważyć też należy, że szafy tego samego producenta zostały zaoferowane również przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, co potwierdza, że chodzi o standardowe rozwiązania, powszechnie stosowane na rynku, a zatem o jakiegokolwiek niezgodności oferty z warunkami zamówienia nie może być mowy. W ocenie odwołującego treść oferty, w tym sposób wypełnienia tabeli nr 1 formularza ofertowego, w pełni odpowiada wymaganiom zamawiającego oraz odzwierciedla faktycznie oferowane produkty, zatem oferta w pełni odpowiada warunkom zamówienia, zarówno pod względem merytorycznym, jak i formalnym.

Odwołujący także podniósł, że przygotowany przez zamawiającego wzór formularza ofertowego był w tym zakresie niejednoznaczny. Nie jest bowiem jasne co zamawiający rozumiał pod pojęciem „szafy z kompensatorami”, skoro pojęcie to nie występuje w dokumentacji postępowania, w tym w opisie przedmiotu zamówienia, ani w jakim celu zamawiający rozdzielił w tabeli nr 1 formularza ofertowego pojęcie szafy oświetleniowej i szafy z kompensatorami, skoro – jak wynika z PFU – kompensatory stanowią element szafy oświetleniowej. Powyższe mogło wprowadzać wykonawców w błąd co do sposobu wypełnienia tabeli nr 1, o czym świadczy fakt, że 3 spośród 6 ofert zostały odrzucone wyłącznie ze względu na sposób wypełnienia ww. tabeli. Przypomnieć tymczasem należy, że w doktrynie i orzecznictwie za jedną z kluczowych zasad prawa zamówień publicznych uznaje się zasadę tłumaczenia wszelkich niejasności na korzyść wykonawców.

Odwołujący dalej zaznaczył, że jedynie z ostrożności podnosi, że nawet jeśli sposób wypełnienia przez niego

formularza ofertowego nie odzwierciedla oczekiwań zamawiającego, tego rodzaju uchybienie ma wyłącznie charakter formalny i w żadnej mierze nie uzasadnia odrzucenia jego oferty. Zamawiający dysponuje bowiem wszelkimi wymaganymi informacjami co do oferowanych szaf, zaś kwestia nazewnictwa (szafy oświetleniowe, szafy z kompensatorami) ma znaczenie drugorzędne, skoro de facto chodzi o te same szafy. Jak przyjmuje się w orzecznictwie i literaturze przedmiotu, ewentualne uchybienia co do sposobu prezentacji treści oferty nie stanowią same w sobie podstawy jej odrzucenia. W szczególności, że w zakresie oferowanych szaf zamawiający wymagał podania jedynie nazwy producenta. Nie wymagano podania jakichkolwiek innych informacji, w tym modelu lub innego oznaczenia produktu lub złożenia jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych w tym zakresie (te ostatnie dotyczyły wyłącznie oprav). Nie wiadomo zatem, jaki był cel żądania tego rodzaju informacji, gdyż co do zasady wskazanie producenta szaf samo w sobie nie pozwala, a w każdym razie nie musi pozwalać, na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty. Zamawiający nie określił także jakichkolwiek (weryfikowalnych na etapie oceny ofert) wymagań co do szaf. Skoro zatem każdy z wykonawców mógł zaoferować szafy dowolnego producenta, zaś ocena ofert nie obejmowała weryfikacji szaf pod kątem zgodności z OPZ (wobec braku jakichkolwiek kryteriów) – wskazanie w formularzu ofertowym producenta szaf miało charakter wyłącznie informacyjny, zaś ewentualne uchybienia w tym zakresie, jako stricte formalne, nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty. Prowadzi to do jednoznacznej konstatacji, że odrzucenie oferty odwołującego nie znajdowało jakiegokolwiek uzasadnienia. Konsekwencją powyższego jest wadliwa czynność unieważnienia postępowania. Zamawiający przeznaczył bowiem na sfinansowanie zamówienia kwotę 2 500 000 zł. Tym samym oferta odwołującego (2 398 500,00 zł) nie przewyższa tej kwoty, co eliminuje przywołaną przez zamawiającego podstawę prawną unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał także, że z ostrożności odwołanie obejmuje również zarzut ewentualny dotyczący zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w świetle przedstawionych okoliczności sprawy, sposób wypełnienia przez odwołującego tabeli nr 1 formularza ofertowego znajdował pełne odzwierciedlenie w oferowanych produktach oraz w opisie przedmiotu zamówienia. Ewentualne wątpliwości zamawiającego mogły zatem dotyczyć wyłącznie sposobu prezentacji wymaganych informacji. Tymczasem wyjaśnieniu tego rodzaju wątpliwości służy instytucja przewidziana w art. 223 ust. 1 p.z.p., dotycząca żądania wyjaśnień treści oferty. W orzecznictwie i doktrynie zgodnie przyjmuje się, że takie wezwanie stanowi nie tylko przywilej, lecz obowiązek zamawiającego, w szczególności, gdy konsekwencją powziętych wątpliwości miałyby być odrzucenie oferty. Jeżeli zatem zamawiający istotnie powziął jakiegokolwiek wątpliwości co do oferowanych urządzeń (szaf), zobligowany był do skorzystania z instytucji wyjaśnienia treści oferty. Wobec jednoznacznego określenia przez odwołującego producenta ofertowanych szaf (w tym dla pozycji 23 tabeli nr 1), wyjaśnienia te w żaden sposób nie prowadziłyby do zmiany lub negocjacji treści oferty, a jedynie ograniczały się do rozumienia pojęć „szafa oświetleniowa” i „szafa z kompensatorami”.

Natomiast z daleko posuniętej ostrożności procesowej odwołujący podniósł również zarzut ewentualny, dotyczący zaniechania dokonania zmian w ofercie odwołującego w trybie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, względnie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający dysponuje wszelkimi danymi pozwalającymi na ustalenie rzeczywistej treści oferty. Odwołujący jednoznacznie określił producenta oferowanych szaf dla każdej z wymaganych pozycji tabeli. Nie ulegało przy tym jakiegokolwiek wątpliwości, że pod pojęciem „szafy z kompensatorami” chodzi w istocie o szafy oświetleniowe lub ich element. Z oferty *expressis verbis* wynika również, że te same szafy zostały zaoferowane w ramach pozycji nr 23 (używając nomenklatury zamawiającego - jako szafy z kompensatorami). Zważywszy, że oba te pojęcia są tożsame, ewentualne użycie przez odwołującego niewłaściwego (niezgodnego z oczekiwaniami zamawiającego) określenia na oferowane produkty, winno zostać zakwalifikowane jako oczywista omyłka pisarska, względnie inna omyłka, podlegająca na poprawieniu poprzez zmianę określenia „szafa oświetleniowa” na „szafa z kompensatorami”. Skorzystanie przez zamawiającego z instytucji poprawienia omyłki ma charakter obligatoryjny, przy czym w tym wypadku nie prowadziłoby do merytorycznej zmiany treści oferty, gdyż w istocie chodzi o ten sam produkt.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł przedstawiciel ustawowy strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie zamawiającego z dnia 8 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia

zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego, strony różniły się oceną prawną treści oferty odwołującego, którą zamawiający uznał za niezgodną z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.) – tak informacja z dnia 19 kwietnia 2024 r., czemu odwołujący postawił zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 2 i 3 p.z.p. poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego (zarzut nr 1), art. 255 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy oferta odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu, zaś zaoferowana cena nie przewyższa kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (zarzut nr 2), a także dwa zarzuty ewentualne – naruszenia art. 223 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty w zakresie szaf z kompensatorami (zarzut nr 3) oraz art. 223 ust. 2 pkt 1 lub 3 p.z.p. poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej, względnie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (zarzut nr 4).

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, stanowiska stron złożone pisemnie i ustnie do protokołu oraz przedłożony materiał dowodowy – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów nr 1-3 z petitum odwołania, co skutkowało nakazaniem zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, zgodnie z pkt 1 tenoru wyroku. Ponadto, zgodnie z wnioskiem odwołującego, skład orzekający nie rozpoznawał zarzutu ewentualnego nr 4 dotyczącego zaniechania poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej/innej omyłki niepowodującej zmian w treści oferty.

W przedmiocie zarzutu nr 1 odwołania, skład orzekający wskazuje co następuje. Izba zgodziła się z zamawiającym, że wymóg wskazania w ofercie producenta zaoferowanych szaf nie jest tylko wymogiem formalnym, ale wymaganiem merytorycznym, które służy weryfikacji kompatybilności do obecnego systemu sterowania zamawiającego oraz sprawdzeniu czy energia bierna będzie całkowicie skompensowana. W dokumentacji postępowania zamawiający wielokrotnie wskazał na konieczność zapewnienia wymaganej kompatybilności (np. PFU str. 31 i nast., wyjaśnienia SWZ z dnia 13.04.24 r. str. 3 i nast.). Podanie producenta szaf pozwala określić specjalność oraz kierunek produkcji danej firmy potwierdzający przeznaczenie produkowanych szaf; zamawiający uzyskuje pewność, że wykonawca zabuduje poprawne urządzenia, kompatybilne z istniejącym systemem, zapewniając prawidłowe działanie oświetlenia na terenie miasta. Podanie producenta szaf z kompensatorami pozwala bowiem na zbadanie czy spełniają one oczekiwania zamawiającego – czy są zgodne z parametrami szaf ze str. 36 PFU. Zatem stanowisko odwołującego o odrzuceniu jego oferty za błahy błąd, dotyczący problemu z wyczytaniem z oferty danych, których żądanie zdaniem odwołującego były bezprzedmiotowe i miało powodować skrajny formalizm zamawiającego, jest zdecydowanie zbyt daleko idące i nie znajduje oparcia w ustalonym stanie rzeczy. Niemniej, niezgodność oferty w tym zakresie może zostać konwalidowana w trybie poprawienia omyłek, jeżeli znajdą podstawy do zastosowania art. 223 ust. 2 p.z.p., w tym w szczególności art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. dotyczącego niezgodności pomiędzy treścią oferty a wymaganiami zamawiającego z SWZ, gdy poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (kwalifikator "istotnych zmian" należy odnosić do całości treści oferty, a konsekwencję zmian oceniać biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty).

Odnosząc się do wady oferty dotyczącej niewskazania w formularzu ofertowym producenta szaf z kompensatorami, co spowodowało odrzucenie oferty odwołującego, w pierwszej kolejności należało ustalić czy użyte przez odwołującego w ofercie – pkt 2 „Parametry oferowanych opraw i szaf (tabela nr 1)”, str. 5-11 oferty odwołującego – sformułowanie „szafy oświetleniowe firmy Rabbit” w zaistniałych okolicznościach sprawy może wskazywać na producenta szaf oświetleniowych z kompensatorami, co twierdził odwołujący. Innymi słowy, najpierw należało zweryfikować czy treść oferty wskazuje na istotną wadę merytoryczną (brak możliwości ustalenia producenta szaf z kompensatorami, czyli brak informacji pozwalających na ustalenie oferowanego produktu), czy na błąd w sposobie wypełnienia formularza ofertowego (uchylenie co do sposobu prezentacji treści oferty, bez wpływu na jej merytoryczną zawartość), który można konwalidować za pomocą instrumentów określonych w ustawie p.z.p.

Zamawiający podnosił, że dostępna na rynku przeważająca większość szaf oświetleniowych nie jest wyposażona

w szafy z kompensatorami, przyjęto osobne nazewnictwo dla przedmiotowych szaf, a także, że w obecnie wymienianych szafach oświetleniowych zamawiający nie posiada kompensatorów mocy biernej. Ergo zdaniem zamawiającego, wbrew stanowisku odwołującego, szafy oświetleniowe nie są tożsame z szafami kompensacyjnymi. W tym zakresie skład orzekający zauważa, że o ile można przyjąć, że różni producenci stosują różne nazwy i zapewne można oddzielnie kupić oba rodzaje szafy, to w tym wypadku istotnym dla oceny treści oferty odwołującego są wyłącznie urządzenia producenta Rabbit. W formularzu ofertowym odwołujący wskazał, że zaoferowano produkt „szafa oświetleniowa firmy Rabbit”, zatem rozstrzygającym jest w jaki sposób producent Rabbit nazywa swoje szafy oświetleniowe z kompensatorami i czy producent Rabbit oddzielnie oferuje szafę oświetleniową i oddzielnie szafę z kompensatorami. Warto także dodać, że nie było spornym, że zaoferowanie przez wykonawcę szaf oświetleniowych wraz z kompensatorami spełnia wymogi SWZ, zamawiający podkreślał, że nie zabronił zaoferowania takiego rozwiązania, łączącego urządzenia (tak str. 3 i 5 odpowiedzi na odwołanie).

W ramach materiału dowodowego odwołujący przedłożył ofertę pochodzącą ze strony internetowej producenta Rabbit. Z oferty wynika, że ten producent w swojej szafie oświetleniowej standardowo zawiera moduł z kompensatorami mocy biernej. Producent nie rozdziela szafy na odrębne produkty, nie oferuje szaf oświetleniowych z kompensatorami i szaf oświetleniowych bez kompensatorów lub samych szaf z kompensatorami. Dodatkowo z dowodu wynika, że szafa standardowo posiadająca kompensatory mocy biernej jest nazywana przez producenta Rabbit „szafą oświetlenia ulicznego LED”, czyli producent nazywając swój produkt, który zawiera kompensację, nie odnosi się w nazwie nadanej swojej szafie oświetleniowej do kompensatorów, pomimo że takowe w jej ramach standardowo oferuje. Mając więc na uwadze ofertę producenta Rabbit, który standardowo nie oferuje samych szaf oświetleniowych bez kompensacji, ani samych szaf z kompensatorami, należało przyjąć, że wskazanie przez odwołującego w ofercie określenia „szafa oświetleniowa firmy Rabbit”, w korelacji z ofertą tego konkretnego producenta, wskazuje na zaoferowanie szafy oświetleniowej wraz z kompensacją mocy biernej.

Natomiast co do stanowiska zamawiającego, że okoliczność zaoferowania szafy oświetleniowej wraz z kompensacją (czyli informację o połączeniu tych szaf w jedno rozwiązanie) należało wskazać w ofercie, trudno pominąć, że w wypadku producenta Rabbit standardowo jest to jedno urządzenie, nie ma żadnych alternatyw, także pozostali wykonawcy zaoferowali szafy Rabbit. Dokonując zatem wykładni oświadczenia woli zawartego w ofercie odwołującego (art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.), mając na uwadze okoliczności, w których to oświadczenie zostało złożone, należało przyjąć, że odwołujący zaoferował szafy oświetleniowe wraz z kompensatorami. Przyjęcie odmiennego stanowiska wymagałoby zaakceptowania poglądu, że doświadczony wykonawca (por. oferta odwołującego złożona we wcześniejszym postępowaniu zamawiającego, na analogiczny przedmiot zamówienia) wycenił produkt, którego standardowo producent nie oferuje, co byłoby nieracjonalne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym oraz pozostałą treścią oferty, tj. pkt 4 ppkt 1 oświadczenie o zapoznaniu się z SWZ, ppkt 4 gwarancja na urządzenia m.in. szafy i kompensatory. Skoro więc w ustalonym stanie rzeczy taka wykładnia jest obiektywnie nielogiczna, nie można jej zaakceptować.

Konkludując, uwzględniając treść oferty złożonej przez odwołującego, przedstawiony materiał dowodowy i reguły wykładni oświadczeń woli, należało przyjąć, że zamawiający przedwcześnie odrzucił ofertę odwołującego i zaniechał wezwania go do złożenia wyjaśnień, które powinny poprzedzić czynność eliminacji oferty z postępowania. Wbrew stanowisku zamawiającego treść oferty może wskazywać producenta szaf oświetleniowych wraz z kompensatorami, a wyjaśnienia a priori nie muszą prowadzić do niedozwolonej zmiany/negocjacji treści oferty. Złożony dowód w postaci oferty producenta Rabbit wskazuje, że osoba wypełniająca formularz ofertowy odwołującego popełniła błąd w sposobie wypełnienia tabeli nr 1, który nie jest wadą oferty, której nie można sanować. Takie informacje, które rozwiąłyby wątpliwości co do rozumienia przedmiotowych pojęć, a które meriti nic w ofercie nie zmieniają, można było uzyskać w toku wyjaśnień treści oferty, w szczególności, że z materiału procesowego wynika, że stronom w istocie chodzi o ten sam produkt.

Powyższe potwierdza wykładania treści oferty odwołującego dokonana przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia, gdzie zamawiający w PFU także kilkakrotnie odnosi się do pojęcia „szafa oświetleniowa wraz z kompensatorami”, dokonując połączenia sformułowań z tabeli nr 1 formularza ofertowego „szafa oświetleniowa” i „szafa z kompensatorami” w jedno pojęcie – tak str. 3 lit. b, str. 9 pkt 17, str. 11 pkt 18, str. 12 pkt 19-20, str. 13 pkt 21, str. 14 pkt 23, str. 17 pkt 26, str. 19 pkt 28-29, str. 20 pkt 30, str. 21 pkt 31-32, str. 22 pkt 33, str. 23 pkt 34, str. 24 pkt 35, str. 25 pkt 36, str. 26 pkt 38, str. 28 pkt 39 PFU. Co również istotne, na str. 40-41 PFU, gdzie znajduje się rysunek nr 1 „widok szafy oświetleniowej (dodatkowo należy uwzględnić start LED)”, przedstawiono na nim m.in. kompensatory mocy biernej (21), a na rysunku nr 2 „schematy wymaganej szafy oświetleniowej”, gdzie również mamy kompensatory, także nie zatytułowano tych rysunków jako „szafa z kompensatorami” (czy „szafa oświetleniowa z kompensatorami”), a mamy tytuł „szafa oświetleniowa”, pomimo że urządzenia na rysunkach zawierają kompensację.

O ile zamawiający ma rację, że wszelkie zarzuty dotyczące treści SWZ są na obecnym etapie spóźnione – także

żaden wykonawca jej nie zaskarżył, ani nie zadawano zamawiającego pytań dotyczących wyjaśnienia brzmienia dokumentacji postępowania, to stwierdzić należy, że w dokumentacji wystąpiła ww. niejasność/niejednoznaczność PFU, którą należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy. Sam zamawiający bowiem posługuje się pojęciem szafa oświetleniowa, a nie szafa z kompensatorami w ramach zatytułowania rysunków nr 1-2 ze str. 40-41, gdzie widnieje szafa z kompensatorami. A dodatkowo w PFU wprowadzono jeszcze inne (trzecie) pojęcie tego urządzenia, niespójne z brzmieniem wzoru formularza ofertowego z tabeli nr 1, gdzie mamy szafę oświetleniową i szafę z kompensatorami, a nie mamy odniesienia do „szafy oświetleniowej wraz z kompensatorami”, która łączy obydwa pojęcia w jedno rozwiązanie (tak, jak w powyższych pkt PFU). Zatem jeżeli w tabeli nr 1 formularza ofertowego nie mamy wprost odniesienia do właściwego pojęcia – powinno być także szafa oświetleniowa wraz z kompensacją, a nie tylko szafa oświetleniowa/szafa z kompensatorami, skoro także to trzecie rozwiązanie jest dopuszczalne na kanwie SWZ – to nie można tą okolicznością obciążać strony, która nie jest autorem wzoru formularza ofertowego. Innymi słowy, stwierdzona niejasność powinna zostać uwzględniona na korzyść odwołującego w związku z ukształtowaną w orzecznictwie zasadą, iż niejasności w przedmiocie dokumentacji postępowania są tłumaczone na rzecz wykonawcy (za linią orzecniczą nakazującą interpretację oświadczeń woli na korzyść podmiotu, który jest tego oświadczenia adresatem).

Jedynie dodatkowo problemy z używaną nomenklaturą, a nie z merytorycznym aspektem treści oferty, obrazuje zdjęcie przedłożone przez zamawiającego, które przedstawia trzelementowe urządzenie, które zostało przez zamawiającego podpisane m.in. „szafa oświetleniowa”, „szafa z kompensatorami”, co miało wskazywać, że są to oddzielne urządzenia, kiedy rzeczony zdjęcie obrazuje trzy szafy, które połączono w jedno rozwiązanie (mają one wspólne łączenia), czyli zdjęcie pokazuje jak może wyglądać szafa oświetleniowa wraz z kompensatorami (rys. 1 ze str. 40 PFU). Zamawiający chciał wykazać, że mamy oddzielne szafy (szafa oświetleniowa, szafa z kompensatorami) i przedstawił zdjęcie rozwiązania, które można nazwać także szafą oświetleniową wraz z kompensatorami. Pomijając już, że na zdjęciu nie widnieje urządzenie producenta Rabbit, które jest oferowane przez odwołującego, którego wygląd obrazuje oferta producenta przedłożona przez odwołującego.

Izba uwzględniła także zarzut nr 3 – naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie szaf z kompensatorami, ponieważ udowodniono, że w ustalonym stanie rzeczy takie wezwanie było obiektywnie uzasadnione.

Skorzystanie z uprawnienia określonego w art. 223 ust. 1 p.z.p., kiedy w toku badania i oceny ofert zamawiający zauważy, że weryfikowana oferta posiada wadę, jest całkowicie zasadne i racjonalne, ponieważ jest niezbędne dla ustalenia czy w ogóle doszło do popełnienia przez wykonawcę omyłki, którą zgodnie z ustawą p.z.p. zamawiający jest zobligowany poprawić. Zamawiający powinien zapytać wykonawcę o okoliczności dotyczące sporządzenia oferty, co pozwoliłoby mu na zweryfikowanie czy powinien, a następnie w jaki sposób, poprawić zaistniały błąd, aby przywrócić treść oferty do brzmienia zgodnego z zamiarem wykonawcy ją składającego. Należy także odróżnić skorzystanie z udzielonych wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy w treść złożonej oferty. O ile poprawa omyłki jest samodzielną czynnością zamawiającego, dokonywaną bez udziału wykonawcy, to jednak często nie należy pomijać etapu zapytania wykonawcy o okoliczności związane z dostrzeżonym błędem i nie będzie to automatycznie skutkowało prowadzeniem nieuprawnionych negocjacji. Ustawodawca zakazał bowiem negocjacji treści oferty, co oznacza sytuację, kiedy udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia nie służą do prawidłowej rekonstrukcji oświadczenia woli zawartego w ofercie, a skutkują powstaniem nowej treści oferty – poprzez uzupełnienie jej danymi, które z niej w żaden sposób nie wynikają.

W ustalonym stanie rzeczy, uzyskanie przez zamawiającego wyjaśnień treści oferty odwołującego nie może być z góry uznane za nieuprawnione negocjacje. Zamawiający, wobec brzmienia wzoru formularza ofertowego i powyżej opisanych, udowodnionych okoliczności, w których składano tą ofertę, powinien zapytać odwołującego co rozumiał przez zawarte w formularzu ofertowym (tabela nr 1) pojęcie „szafa oświetleniowa Rabbit”, czy w ofercie zaoferowano szafy oświetleniowe, szafy z kompensatorami, czy szafy oświetleniowe wraz z kompensacją i z czego to wynika. Oczywiście można zmodyfikować powyższe lub zadać odwołującemu dodatkowe pytania, zgodne z wiedzą i doświadczeniem zamawiającego, skład orzekający nie ograniczał bowiem zamawiającego w wezwaniu, nakazując skorzystanie z trybu art. 223 ust. 1 p.z.p., pozostawiając ostateczną treść wezwania do decyzji instytucji zamawiającej. Przy czym należy zgodzić się z zamawiającym, że z materiału procesowego wynika, że najprawdopodobniej nie będziemy mieli tu do czynienia z art. 223 ust. 2 pkt 1 p.z.p., ponieważ treść ukształtowanego wzoru formularza ofertowego (gdzie nie ma w tabeli nr 1 odwołania do producenta „szafy oświetleniowej wraz z kompensatorami”) wyłącza element oczywistości omyłki, której poprawienie w tym wypadku wymaga wyjaśnienia sposobu rozumienia i wypełnienia wzoru formularza ofertowego przez odwołującego, który – co udowodniono składając ofertę producenta Rabbit – wadliwie wypełnił formularz ofertowy i zaoferował trzecie rozwiązanie, dopuszczalne w dokumentacji postępowania, do którego wzór tabeli nr 1 formularza ofertowego się explicite nie odnosi, co obiektywnie uzasadnia zastosowanie trybu wezwania do złożenia wyjaśnień.

W konsekwencji powyższego Izba uwzględniła także zarzut nr 2 z petitum odwołania dotyczący naruszenia art. 255 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ponieważ unieważnienie postępowania jest na tym etapie przedwczesne, kiedy uzyskane wyjaśnienia treści oferty odwołującego mogą spowodować zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. i poprawienie w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w jej treści, a oferta odwołującego może okazać się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Ponadto, skład orzekający zaliczył na poczet materiału dowodowego ofertę odwołującego z poprzedniego postępowania, której treść nie jest rozstrzygająca dla tego sporu, gdzie weryfikowana jest treść konkretnego formularza i konkretne okoliczności złożenia oferty, w szczególności, że odwołujący podnosił, że formularze wypełniała inna osoba. Zatem relewantnym dla rozstrzygnięcia pozostaje czy udowodniono, że problemem jest sam sposób wypełnienia formularza ofertowego zawierający omyłkę, którą można wyjaśnić i poprawić, a nie wadliwa treść oferty powodująca niezgodność z SWZ, zaś z poprzedniej oferty odwołującego nie wynikają okoliczności, które byłyby istotne dla rozstrzygnięcia tego odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, gdyż wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. – stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miały istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w postaci przedwczesnego unieważnienia przetargu i odrzucenia oferty przystępującego, kiedy po uzyskaniu wyjaśnień treści oferty, oferta odwołującego może wymagać zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. i zostać ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego – zgodnie ze złożoną fakturą VAT, w kwocie do limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....