Sygn. akt KIO 1694/16

WYROK
z dnia 3 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2016 r. przez wykonawcę **T.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą APAVia T.T., ul. Dworcowa 15, 05-820 Piastów**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Muzeum Warszawy, Rynek Starego Miasta 28, 00-272 Warszawa**
przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o., ul.** Świdnicka **31, 50-066 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę T.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą APAVia T.T., ul. Dworcowa 15, 05-820 Piastów
i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę T.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą APAVia T.T., ul. Dworcowa 15, 05-820 Piastów – tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawcy T.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą APAVia T.T., ul. Dworcowa 15, 05-820 Piastów na rzecz zamawiającego Muzeum Warszawy, Rynek Starego Miasta 28, 00-272 Warszawa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1694/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Warszawy z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa pn. *„Produkcja wystawy głównej Muzeum Warszawy”,* znak sprawy MW/ZP/3/PN/2016.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 sierpnia 2016 r. pod numerem: 2016/S 148-268389.

Odwołujący – T.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą APAVia T.T. z siedzibą w Piastowie – wniósł odwołanie od niezgodnych
z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”, czynności i zaniechania Zamawiającego.

Il. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie norm prawnych wskazanych w przepisach ustawy Pzp:

1) art. 87 ust. 1 przez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty w sytuacji, gdy Zamawiający poddał w wątpliwość

jednoznaczność sformułowania oferty w zakresie kryterium terminu usunięcia usterek, co skutkowało nienależytym dokonaniem oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
2) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez niezgodne z prawem dokonanie czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy nie wystąpiły przesłanki uprawniające Zamawiającego do zastosowania wskazanej w tym przepisie sankcji w postaci odrzucenia oferty;
3) art. 7 ust. 1 w związku z art. 9a ust. 1 i ust. 2 przez nieuwzględnienie złożoności zamówienia i wyznaczenie minimalnego terminu składania oferty bez uwzględnienia czasu niezbędnego do jej przygotowania, podczas gdy Zamawiający przestrzegając zasady udzielania zamówień powinien wyznaczyć termin dłuższy od minimalnych terminów składania ofert określonych w ustawie ze względu na złożoność zamówienia, w tym konieczność odbycia wizji lokalnej i przygotowania szczegółowych i pracochłonnych projektów.

III. Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Konserwatorskiego Castellum Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;
2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wezwania Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej przez niego oferty w zakresie kryterium terminu usunięcia usterek;

3) dokonania czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty złożonej przez T.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą APAVia T.T..

IV. Przepis art. 179 ust. 1 Pzp – przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia: interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony, ponieważ po zsumowaniu punktów przyznanych zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w SIWZ, oferta Odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. V. Wpis od odwołania – okoliczności związane ze spełnieniem tego wymagania. VI. Informacje o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania i zachowanie terminu do wniesienia odwołania. VII. Przesłanie kopii odwołania Zamawiającemu. VIII. Odwołujący wniósł jednocześnie o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym przyznanie kosztów zastępstwa adwokackiego w wysokości 3 600,00 zł, zgodnie z przedłożoną fakturą.

Uzasadnienie.

Odwołujący złożył ofertę zgodną ze wzorem załączonym do SIWZ, podając trzy parametry: 1) kwotę oferty brutto 6 188 100,00 złotych; 2) Termin gwarancji 7 lat; 3) Termin usunięcia usterek 1g. W związku z faktem, że Odwołujący nie mógł stawić się na otwarciu ofert, w wiadomości e-mail przesłanej 17 sierpnia 2016 r. na adres zaneta.urbaniak@muzeumwarszawy.pl, wniósł o przesłanie protokołu z otwarcia ofert. W odpowiedzi otrzymał protokół z otwarcia ofert, gdzie Zamawiający wskazał następujące parametry oferty Odwołującego: 1) kwotę oferty brutto 6 188 100,00 złotych; 2) Termin gwarancji 7 lat; 3) Termin usunięcia usterek 1d.

Po otrzymaniu protokołu z otwarcia ofert, Odwołujący niezwłocznie wniósł o sprostowanie danych zwartych w tym protokole. Przez kilka dni następujących po złożeniu wniosku o sprostowanie protokołu, Zamawiający nie dokonywał żadnych czynności, nie odpowiadał na wiadomości Odwołującego. Dopiero 22 sierpnia 2016 r. Zamawiający przesłał wiadomość, że przyjmuje do wiadomości żądanie sprostowania protokołu i „prowadzi czynności polegające na analizie zaistniałego stanu faktycznego."

2 września 2016 r. o godzinie 18:00 Zamawiający wysłał Odwołującemu informację o wynikach postępowania oraz pismo stanowiące uzasadnienie odrzucenia oferty, w którym zarzucił niezgodność z SIWZ w zakresie czytelności oferty.

Dowody: wiadomość e-mail Odwołującego z dnia 17 sierpnia 2016 r. g: 8:00 - wniosek o przesłanie protokołu (Załącznik nr 5); wiadomość e-mail Zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2016 r. g: 17:58 - Protokół z otwarcia ofert (Załącznik nr 6); wiadomość e-mail Odwołującego z dnia 17 sierpnia 2016 r. g: 22:10 - Wniosek o sprostowanie protokołu (Załącznik nr 7); wiadomość e-mail Odwołującego z dnia 18 sierpnia 2016 r. g: 16:20 (Załącznik nr 8); wiadomość e-mail Odwołującego z dnia 18 sierpnia 2016 r. g: 21:49 - wniosek o sprostowanie protokołu (Załącznik nr 9); wiadomość e-mail Odwołującego z dnia 21 sierpnia 2016 r. g:12:45 - z ponownym wnioskiem o sprostowanie protokołu (Załącznik nr

10); wiadomość e-mail Odwołującego z dnia 29 sierpnia 2016 r. g: 08:11 - z ponownym wnioskiem o sprostowanie protokołu (Załącznik nr 11); odpowiedź Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2016 r. g: 18:55 (Załącznik nr 12); protokół z otwarcia ofert z dnia 16 sierpnia 2016 r. (Załącznik nr 13); informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej (Załącznik nr 14); uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego (Załącznik nr 15).

Pomimo złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wskazanych we wniosku o sprostowanie protokołu, że w kryterium termin usunięcia usterki Zamawiający źle odczytał wartość, bez dokonania dodatkowych czynności mających na celu usunięcie jego wątpliwości w zakresie treści oferty, Zamawiający bezrefleksyjnie odrzucił ofertę Odwołującego oraz wybrał, jako najkorzystniejszą ofertę Przedsiębiorstwa Budowlano-Konserwatorskiego Castellum Sp. z o.o. - podmiotu, który jest generalnym wykonawcą robót budowlanych w kamienicach Zamawiającego przy Rynku Starego Miasta 28-42.

Z takim rozstrzygnięciem Odwołujący nie zgodził się, uznając, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz zgodnie z normami nałożonymi przez ustawę.

Zarzut naruszenia normy prawnej wskazanej w art. 87 ust. 1 Pzp

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sytuacji, gdy poddał w wątpliwość jednoznaczność sformułowania oferty w zakresie kryterium terminu usunięcia usterek, zobligowany był na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego skutkowało dokonaniem oceny ofert w sposób niestaranny i nienależyty. Podkreślił, że Zamawiający nie może domniemywać treści oferty w sytuacji powstania wątpliwości co do jej treści, Zamawiający ma do dyspozycji „narzędzie" jakim jest wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co wobec wątpliwości Zamawiającego powinno mieć zastosowanie przed odrzuceniem oferty.

W przypadku, gdy Zamawiający poweźmie w wątpliwość treść oferty, powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnień, pogląd ten prezentowany jest zarówno w doktrynie jak i w utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej - wyrok z 2 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO/UZP 2432/14. Podobnie w wyroku z 24 września 2014 r., sygn. akt KIO 1872/14.

W przypadku, gdy Zamawiający powziął w wątpliwość treść parametrów podlegających ocenie, zobligowany był do zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp – wyrok KIO z 30 maja 2016 r., sygn. akt KIO 826/16; wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 30 marca 2010 r., sygn. akt X Ga 7/10.

Zgodnie z doktryną oraz orzecznictwem, w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i jednocześnie nałożył na Zamawiającego

obowiązek. Nie można pominąć obowiązku jaki ciąży na Zamawiającym w postaci rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzut naruszenia normy prawnej wskazanej w art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający bez wezwania do wyjaśnień w przypadku wątpliwości, co do treści oferty odrzucił ją, pomimo faktu, że wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry niezbędne dla oceny i porównania ofert zostały przez Odwołującego wskazane. Odwołujący podkreślił, że w protokole z otwarcia ofert z dnia 16 sierpnia 2016 r. Zamawiający odczytał treść oferty Odwołującego, nie wskazał na jej nieczytelność czy niezgodność z SIWZ.

W związku z wątpliwościami Zamawiający zlecił radcy prawnemu P.G. opracowanie opinii prawnej.

Dowód: Opinia radcy prawnego P.G. z dnia 25 sierpnia 2016 r. sporządzona na zlecenie Zamawiającego znajdująca się w aktach postępowania.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu wskazał: *Kierując się treścią wskazanego przepisu prawa Zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty T.T.. Podstawą prawną odrzucenia oferty jest art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a podstawą faktyczną niezgodność złożonej oferty z SIWZ MW/ZP/3/PN/2016 w zakresie pkt XI, która zawiera warunek czytelności oferty. Warunek ten zawiera się w zastrzeżeniu „Oferty nieczytelne nie będą rozpatrywane". Przedmiotowa oferta została*

uznana za niekompletną w zakresie tych elementów, jakie nie dają się odczytać. Jest to sytuacja równoznaczna w skutkach z brakiem - wymaganego przez Zamawiającego - wskazania oferowanego terminu usunięcia usterek.

Odnosząc się do powyższego, Odwołujący podkreślił, że zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub dokonania dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - wyrok z dnia 5 stycznia 2012 r., KIO 2743/11; wyrok z dnia 29 lipca 2011 r. KIO 1514/11; *Odrzucenie oferty niezgodnej z SIWZ,* Justyna Andała-Sępkowska. Podobny pogląd został wyrażony również przez Jerzego Pieroga. Też wyroki KIO dnia 17 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 218/11, z dnia 2 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1249/14.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może nastąpić, gdy nie ma wątpliwości co do niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wyroki z dnia 24 lutego 2009 r., KIO/UZP 158/09; z dnia 22 października 2008

r., KIO/UZP 1104/08). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy wyłącznie treści merytorycznej oferty, a nie jej formy.

Zarzut naruszenia normy prawnej wskazanej w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 9a ust. 1 i ust. 2 Pzp

Zasady udzielania zamówień publicznych nie tylko warunkują treść przepisów szczegółowych, zawartych w dalszej części ustawy Pzp, ale także konkretne prawa i obowiązki wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepis art. 7 ustawy Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest przygotowywane i przeprowadzane przez zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Znajduje się w nim także bezwzględna dyspozycja udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Przepis ten kreuje zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców w sposób jednakowy, bez stosowania przywilejów czy też dyskryminowania (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 5 kwietnia 2007 r. XIX Ga 91/07).

Zamawiający, wyznaczając termin składania ofert, nie uwzględnił złożoności zamówienia i wyznaczył minimalny termin bez uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania oferty. Z uwagi na przedmiot zamówienia Zamawiający powinien wyznaczyć, zgodnie z normą wskazaną w art. 9a Pzp, termin dłuższy od minimalnych terminów składania ofert określonych w ustawie ze względu na złożoność zamówienia, w tym konieczność odbycia wizji lokalnej i przygotowania szczegółowych i pracochłonnych projektów w celu przygotowania oferty.

Przeprowadzone przez Zamawiającego czynności budzą także uzasadnione wątpliwości w zakresie przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania reguł zamówień publicznych. I tak, wyznaczony przez Zamawiającego termin spotkania wykonawców w celu zapoznania się z nieruchomościami został wskazany na dzień 4 sierpnia 2016 r. na godz: 15:00 (IV.7. SIWZ), z zastrzeżeniem jednak, że „Wykonawca, który planuje wziąć udział w spotkaniu zobowiązany jest najpóźniej do 2 sierpnia 2016 roku" zgłosić swój udział w wizji lokalnej. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 3 sierpnia 2016 r., a zatem niemożliwym było dotrzymanie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu.

Przestrzeganie terminów ustawowych ma wpływ na realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wyznaczony termin musi zapewnić potencjalnym oferentom zapoznanie się z ogłoszeniem o przetargu, pobranie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ewentualne uzyskanie wyjaśnień dotyczących specyfikacji, przygotowanie oferty i doręczenie jej do miejsca wskazanego przez zamawiającego. Wyznaczenie terminu uniemożliwiającego dokonanie w toku normalnych czynności

dopełnienia tych wymagań proceduralnych może prowadzić nawet do unieważnienia przetargu. Takie działania naruszają zasadę równości uczestników postępowania

i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący uczciwą konkurencję, o której mowa w art. 7 ust. 1.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazał, że czynności podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu są niezgodne z prawem, w związku z czym wniósł jak na wstępie. Załączniki wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o: -oddalenie odwołania, -zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego. Wskazał, że odwołanie nie zawiera uzasadnionych zarzutów, a tym samym nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający podtrzymał argumentację wyrażoną w piśmie zawiadamiającym o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia normy prawnej wskazanej w art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty w zakresie wskazania terminu usunięcia usterek, stwierdził, że jest on całkowicie chybiony. Wzywanie Odwołującego byłoby działaniem bezprzedmiotowym i nieracjonalnym, skoro bezspornie Zamawiający uzyskał takie wyjaśnienia od Odwołującego bezpośrednio po przesłaniu mu protokołu z czynności otwarcia ofert, a przed czynnością odrzucenia oferty. Zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień pozostało całkowicie – w tym stanie rzeczy – bez wpływu na dalsze czynności Zamawiającego i wynik postępowania.

Wskazał, że istota sprawy polega nie na zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty, lecz na ich nieuwzględnieniu i odrzuceniu oferty, pomimo udzielonych wyjaśnień. Odnosząc się kolejno do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający podniósł, że w toku postępowania uznał i uznaje w dalszym ciągu, że zachowanie Odwołującego przy sporządzaniu oferty, a następnie po otwarciu ofert oraz skutki tego zachowania, polegają na złożeniu oferty niekompletnej, zatem sprzecznej z SIWZ. Zamawiający dopełnił szczególnej staranności w badaniu oferty, dokonując tego w sposób kompleksowy i wielokrotny. Konieczność wielokrotności badania została wywołana udzielonymi przez Odwołującego wyjaśnieniami i żądaniem sprostowania protokołu otwarcia ofert przez zastąpienie sformułowania „1 d" sformułowaniem „1 g", co zdaniem Odwołującego, miało wskazywać na termin „jednej godziny" w zakresie usunięcia usterek.

Dokonana przez Zamawiającego analiza oferty w świetle złożonych wyjaśnień doprowadziła Zamawiającego do konstatacji, że w ofercie niepodobna doczytać się w odpowiednim miejscu znaku „g" po cyfrze „1", a nakreślony znak nie odpowiada ani literze „g", ani „d". Na końcu procesu badania oferty Zamawiający nie miał wątpliwości, że oferta jest w tym miejscu nieczytelna, a tym samym pozbawiona treści, zatem nie zawiera

wskazania terminu usunięcia usterek. Przez ten brak oferta popadła w niezgodność ze Specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie nadawała się do merytorycznej oceny. W żadnym wypadku – w ocenie Zamawiającego – przedmiotowego uchybienia nie można było potraktować jako omyłki pisarskiej, gdyż w analizowanym przypadku nie ma możliwości ustalenia na podstawie pozostałej treści oferty, że oferent, stawiając nieczytelny znak, miał faktycznie zamiar postawienia skrótowego oznaczenia godziny, a nie na przykład dnia lub doby, którym to mianom odpowiadałaby litera „d".

Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień złożonych samorzutnie przez Odwołującego, ponieważ uznał, że w tym przypadku taka czynność Odwołującego byłaby uzupełnieniem oferty w zakresie jej istotnego parametru po otwarciu ofert, czyli po zapoznaniu się z ofertami konkurencyjnymi. Zamawiający uznał takie działanie za niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wskazał: należy mieć na uwadze, że choć Zamawiający nie jest w stanie udowodnić, że Odwołujący sporządził / złożył w niniejszym postępowaniu ofertę sporządzoną w sposób świadomie nieczytelny, nie może również – ze względów obiektywnych – uzyskać dowodu na przeciwieństwo i tego rodzaju okoliczności wykluczyć. Zamawiający uznał w tej sytuacji, że postąpienie zgodnie z oczekiwaniem Odwołującego, to jest odczytanie oferty w określony sposób, niewynikający samodzielnie z zawartości dokumentu, otwierałoby drogę właśnie do zakłócenia konkurencyjności przez umożliwienie oferentowi dopasowanie treści oferty stosownie do poznanych parametrów ofert konkurencyjnych. W przypadku gdyby sporządzenie oferty w sposób nieczytelny miało charakter celowy, uzupełnianie, czy też wyjaśnianie elementów nieczytelnych, byłoby praktyką z gruntu nieuczciwą i prowadziło do zjawisk, którym Pzp ma zapobiegać.

W tym stanie rzeczy słusznym jest, aby ryzyko nieodczytania oferty, względnie jej błędnego odczytania z powodu charakteru pisma ręcznym, ponosił oferent, który zdecydował się na wypełnienie formularza oferty takim pismem. Odwołujący złożył ofertę w zakresie prowadzonego przedsiębiorstwa, jego działanie, nie tylko w zakresie wykonywania umów, ale również formułowania ofert, winno cechować się profesjonalną starannością. Zastosowanie pisma komputerowego, co wykluczyłoby w normalnym toku spraw, wszelkie wątpliwości co treści użytych znaków graficznych, nie jest oczekiwaniem nadmiernie wygórowanym, ani też nie powoduje istotnego zwiększenia czasu potrzebnego na przygotowanie oferty. Możliwe było skorzystanie również z tak zwanych liter drukowanych, a przede wszystkim zapisywanie pełnych wyrazów. Skoro jednak autor oferty posłużył się pismem ręcznym, powinien zadbać o jego czytelność, zgodnie zresztą z pouczeniem zawartym przez Zamawiającego w SIWZ, które wskazuje również na to, że oferta ma zostać sporządzona w języku polskim, zatem polskim alfabetem, zgodnie z podstawowymi zasadami, ortografii i interpunkcji. Weryfikowanie prawdziwości wyjaśnień Odwołującego,

zgodnie z którymi w formularzu oferty w krytycznym miejscu została nakreślona litera „g" co jest skrótowcem słowa „godzina" wymagałoby specjalistycznego badania pisma osoby, która wypełniała formularz oferty, do czego Zamawiający nie jest z pewnością powołany.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 9a ust. 1 i ust. 2 Pzp, Zamawiający wskazał, że nie miało miejsca nierówne traktowanie wykonawców, bowiem każdy z oferentów dysponował tak samo wyznaczonym czasem na sporządzenie oferty i przeprowadzenie innych czynności przygotowawczych.

Ponadto długość czasu przeznaczonego na sporządzenie oferty należy oceniać jako prawidłową w kontekście tego, że Odwołujący, obok drugiego oferenta, zdążył przygotować od strony materialnej ofertę, a także tej okoliczności – której Odwołujący nie powołał – że już w grudniu 2015 r. zostało opublikowane wstępne ogłoszenie informacyjne. W związku z czym Zamawiający uprawniony był do skrócenia terminu składania ofert. Dowód: ogłoszenie o zamówieniu – Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodu.

Wykonawca – Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. Wniósł również o przeprowadzenie następujących dowodów: -z ogłoszenia o zamówieniu; -zeznań świadka J.P. (wezwanie na adres wykonawcy) – na okoliczność daty ukazania się ogłoszenia o zamówieniu publicznym.

Uzasadnienie zgłoszenia przystąpienia.

I. Uzasadnienie posiadania interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – przedstawił okoliczności wskazujące interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego.

II. ad zarzutu nr 1 - naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 Pzp

Wskazał, że wezwanie T.T. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty naruszałoby regulacje ustawy Pzp oraz byłoby bezpodstawne, słusznie zatem Zamawiający zaniechał wykonania tej czynności, a zarzut odwołania jest bezzasadny.

Podniósł, co znalazło odzwierciedlenie w uzasadnieniu odrzucenia oferty T.T., że sporządzona pismem ręcznym oferta była nieczytelna m.in. w zakresie określenia terminu usunięcia usterek. Oferta konkurencyjna była nieczytelna również w innych jej częściach (np. określenie wysokości ceny ofertowej), niemniej przedmiotem zainteresowania Zamawiającego było oznaczenie w ofercie terminu usunięcia usterek.

Odwołujący termin ten wskazał przy użyciu cyfry „1" oraz litery, która wygląda jak celowo zamierzona kombinacja połączenia liter „d" oraz „g". Jednocześnie, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający (a co w odwołaniu nie było kwestionowane), z pozostałej treści

oferty nie ma możliwości ustalenia, czy Odwołującemu się chodziło o literę „g", czy może o literę „d". Jest to istotne, ponieważ wyjaśnienia treści oferty nie mogą skutkować jej zmianą, a jedynie prowadzić do odpowiedniej interpretacji (…) (K. Młodecka, *Błędy w obliczeniu ceny a odrzucenie oferty* - https://sip.lex.p1/#/publikacja/469918180/bledy-w-

obliczeniu-ceny-a-odrzucenie-oferty). Podobnie W. Dzierżanowski, komentarz do PZP, Lex, w tym przykładowy wyrok KIO 209/09. Potwierdza to także orzecznictwo (w tym najnowsze) Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 1 czerwca 2016 r., sygn. KIO 837/16 oraz z dnia 30 maja 2016 r., sygn. KIO 828/16.

W świetle powyższego, wykonawca zwrócił uwagę na istotne ryzyko wykreowania przez Odwołującego nowej oferty w odpowiedzi na ewentualne wezwanie do złożenia wyjaśnień. Zastosowany przez T.T. znak graficzny kombinowany (w polu dotyczącym wskazania czasu usunięcia usterek) można interpretować na różne sposoby, a brak jest w pozostałej części oferty jakichkolwiek przesłanek, pozwalających przyjąć jedno określone rozumienie tego znaku graficznego, odmiennego od liter alfabetu rzymskiego. Zamawiający słusznie uznał, że brak jest możliwości wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, ponieważ wyjaśnienie to mogłoby być całkowicie dowolne, prowadzące do swobodnego, niczym nieograniczonego stworzenia przez oferenta nowej oferty (według swego uznania oraz w celu „dopasowania" do treści oferty Castellum). T.T. mógłby wskazać „d" albo „g", natomiast żadnego z tych wskazań nie mógłby w żaden sposób uzasadnić, ani wykluczyć drugiej możliwości w zakresie sposobu rozumienia zastosowanego znaku. Zakaz dokonywania zmian w treści oferty pod pozorem składania wyjaśnień jest wprost wyrażony w przepisie art. 87 ust. 1 Pzp. Wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty doprowadziłoby do zmiany lub uzupełnienia oferty po upływie terminu składania ofert (co jest niedopuszczalne, a co słusznie podkreślił Zamawiający). Zamawiający prawidłowo rozważył wszystkie ww. okoliczności, zatem nie można czynić zarzutu, jakoby odrzucenie oferty Odwołującego miało być rzekomo „bezrefleksyjne". Jednocześnie przesądza to o braku zasadności zarzutu, jakoby oceny oferty dokonano rzekomo w sposób niestaranny i nienależyty.

Wykonawca zaprzeczył także stanowisku Odwołującego w zakresie rzekomego obowiązku zamawiających wzywania wykonawców do wyjaśnień treści ofert. W literaturze przedmiotu zaakcentowano stanowisko, stosownie do którego, zgodnie art. 87 ust. 1 Pzp, zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. W tym miejscu podkreślił, że przewidziany tryb wyjaśnienia jest uprawnieniem zamawiającego, a nie obowiązkiem. W literaturze wskazuje się, że wykonawca nie może domagać się od zamawiającego, aby ten zażądał stosownych wyjaśnień. Nie można w związku z tym postawić skutecznego zarzutu w formie odwołania na nieskorzystanie przez zamawiającego z przysługującego mu prawa. Zamawiający nie

powinien też brać pod uwagę wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę z własnej inicjatywy, a nie na żądanie zamawiającego. Z drugiej strony podkreśla się, że skorzystanie z uprawnienia przewidzianego w art. 87 ust. 1 Pzp leży w interesie zamawiającego. W tym duchu wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 lipca 2003 r., UZP/ZO/0-936/03, niepubl. (K. Młodecka, *Błędy w obliczeniu ceny a odrzucenie oferty),* także W. Dzierżanowski, komentarz do PZP, Lex). Dodatkowo wyrok Izby z dnia 25 kwietnia 2016 r., sygn. KIO 543/16 – w sytuacji, gdy zamawiający stwierdza podstawę do odrzucenia oferty, nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Przepis art. 87 ust. 1 Pzp posługuje się regulacją, funktorem „może żądać", a nie „żąda" lub „wzywa" (którym to pojęciem ustawa posługuje się w art. 26 ust. 1 Pzp, a zgodnie z zasadą racjonalnego ustawodawcy takim samym sformułowaniom ustawowym należy przypisać takie samo znaczenie, a odmiennym – odmienne znaczenie). Gdyby ustawa nakładała na zamawiającego obowiązek żądania wyjaśnień, w przepisie art. 87 ust. 1 Pzp byłoby użyte inne określenie odwołujące się do funktorów imperatywnych, niż określenie, które zostało użyte.

Nie można jednocześnie zgodzić się z argumentacją zamieszczoną w odwołaniu, jakoby „dzień" nie stanowił jednostki czasu. Przeciwnie, dzień jest jednostką czasu określoną prawnie w Kodeksie cywilnym, do którego odsyłają regulacje ustawy Pzp. Stosownie do przepisu art. 111 § 1 Kc, termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli sam ustawodawca dopuszcza określanie terminów za pomocą „dni", to całkowicie bezpodstawne jest posługiwanie się przez Odwołującego (w korespondencji e-mailowej do Zamawiającego) odesłaniem do słownika PWN. W opracowaniu tym nie jest wykorzystywany język prawny, lecz nadawane są określonym pojęciom znaczenia zaczerpnięte nie tylko z języka prawnego, czy prawniczego. Dzień jest zdefiniowaną w prawie jednostką czasu – *lege non distiguende.*

Na marginesie Spółka Castellum podniosła, że termin usunięcia usterki jako rzekoma „jedna godzina" byłby oczywiście niemożliwy do dotrzymania. Niewiarygodna jest też, deklaracja o usuwaniu usterek w ciągu 1 godziny w sytuacji, gdy składa ją podmiot, który w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego miał znaczne trudności czasowe w uczestnictwie w tym postępowaniu (brak obecności na wizji lokalnej, brak obecności na otwarciu ofert, rzekomo zbyt krótki czas na przygotowanie oferty).

Wykonawca zauważył, że oferta Odwołującego była nieczytelna także w pozostałych jej cenę T.T. napisał częściach treści. Przykładowo, ofertową w sposób, który można było odczytać jako pięć lub sześć milionów (pierwsza cyfra), a określenie tej ceny słownie jest także trudne do odczytania. Zamawiający nie miał wątpliwości odnośnie sposobu odczytania tej ceny. Autor przedmiotowej oferty nie zgłaszał także zastrzeżeń co do sposobu jej odczytania przez Muzeum Warszawy, jednakże w ocenie

---

Castellum Sp. z o.o., taki sposób konstruowania oferty przez Odwołującego może utrudnić ocenę jego oferty na tle ofert konkurencyjnych oraz prowadzić do ewentualnej modyfikacji w przyszłości (przy jednoczesnym posiadaniu wiedzy odnośnie treści ofert konkurencyjnych) najistotniejszych postanowień oferty (kryteriów oceny ofert), pod pozorem rzekomego jedynie „wyjaśniania" wątpliwości treści oferty. Wzywanie Odwołującego do „wyjaśnienia" wątpliwości na tle wielu elementów oferty spowodowałoby w istocie wytworzenie nowej oferty po terminie składania ofert.

III. ad zarzutu nr 2 - naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zarzut ten jest chybiony. Punktem wyjścia jest zacytowanie treści postanowienia pkt XI.4. SIWZ, zgodnie z którym „oferty nieczytelne nie będą rozpatrywane".

W świetle powyższego godnym podkreślenia jest, że znaczna część treści oferty Odwołującego była nieczytelna, natomiast zarzut odwołania koncentruje się jedynie na braku czytelności sformułowania oferty w zakresie kryterium terminu usunięcia usterek. Brak czytelności oferty uzasadnia jej odrzucenie.

Przed odrzuceniem oferty Zamawiający dołożył staranności w zakresie oceny oferty T.T. oraz dokonał wszechstronnego zbadania oferty (szerszą argumentację w tym zakresie Castellum Sp. z o.o. przedstawiła w punkcie II uzasadnienia). Znajduje to także odzwierciedlenie w obszernym uzasadnieniu rozstrzygnięcia o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zgodnie z orzecznictwem, zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje zastosowanie w przypadku, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny dotyczy sfery niezgodności przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ z przedmiotem zamówienia oferowanym przez wykonawcę. Może też polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, uniemożliwiający rzetelne porównanie ofert złożonych w postępowaniu – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2016 r., sygn. KIO 111/16.

Odwołujący złożył ofertę nieczytelną, niezgodną z wymogiem SIWZ, w tym zakresie uniemożliwił porównanie jego oferty do oferty Spółki Castellum. Za wyjątkiem sytuacji wyraźnie określonej w ustawie, Pzp zabrania składania ofert wariantowych, a właśnie taką ofertę złożył T.T. (przepis art. 82 ust. 1 Pzp), w istocie pozostawiając sobie na przyszłość pole dla całkowicie dowolnego modyfikowania (niezgodnie z prawem) treści oferty (swobodne uznanie w zakresie symbolu graficznego, litery „d" albo „g").

Przygotowanie poprawnej oferty wymaga od wykonawcy uwzględnienia wszystkich warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Jednym z takich warunków była w sprawie czytelność oferty. Faktem jest, że oferta Odwołującego nie została sporządzona w sposób czytelny.

Powołując się na uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2012 r., sygn. KIO 149/12 – wykonawca wskazał, że *wadliwość* oferty Odwołującego dotyczyła elementu istotnego dla wykonania przedmiotu zamówienia oraz dla oceny ofert. Wadliwość ta nie mogła zostać sanowana, gdyż skutkowałoby to wykreowaniem nowej oferty po terminie składania ofert. Wykonawca skłaniając się do przypisania określonemu znakowi graficznemu, symbolowi innemu niż zaczerpnięty z alfabetu polskiego (wzorowanego na

rzymskim alfabecie) wykreowanego znaczenia, zmieniłby kryteria pozwalające wyłonić zwycięską ofertę. Nie jest wykluczone, że z owego kombinowanego znaku skarżący wykonawca wywiódłby, że usterki usunie w terminie ... jednej sekundy. Bardzo nieprecyzyjny, nieczytelny grafizm tego znaku pozwalałby na przypisane temu oznaczeniu także takiej symboliki („s").

Wadliwość ta nie stanowiła zarazem oczywistej omyłki, którą Zamawiający mógłby sprostować. W treści oferty brak było wskazówek, jak rozumieć użyty przez Odwołującego się bliżej nieokreślony znak. Brak było jakiejkolwiek możliwości zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 Pzp.

Nie było jednocześnie wątpliwości co do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący nie dostrzega istotnej sprzeczności w swojej argumentacji, polegającej na próbach dowodzenia, jakoby litera „d" nie mogła rzekomo stanowić jednostki określenia terminu usunięcia wad. Odwołujący zdaje się argumentować, że z tego względu nie mógł użyć w ofercie litery „d", gdyż – zdaniem Odwołującego – taka litera nie mogłaby się odnosić do terminu usunięcia wad. Odwołujący zapomniał jednak, że użył w ofercie znaku, który w równym stopniu przypomina dwie litery („d" oraz „g"), a który to znak nie występuje w alfabecie polskim ani nie stanowi jakiegokolwiek znaku, który byłby uznany w obrocie prawnym lub gospodarczym. T.T. sam użył znaku graficznego, który przez Zamawiającego słusznie został oceniony jako nieodnoszący się do terminu usunięcia usterek (znaku, który nie mógł stanowić jednostki miary terminu). Oferta Odwołującego się jest więc sprzeczna z SIWZ w zakresie treści oferty. Zamawiający słusznie uznał, że T.T. nie wskazał w treści oferty jej istotnego elementu w postaci określenia terminu usuwania wad.

Ponadto, w literaturze przedmiotu wskazuje się, że – *Odrzucenie oferty jest elementem czynności zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert. W zakres tej oceny, skutkującej odrzuceniem oferty, wchodzi badanie spełniania przez wykonawcę warunków określonych na podstawie art. 22 ust. 1 oraz badanie, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i 2. Następnie do zakresu oceny wchodzi badanie zgodności treści oferty z treścią siwz (art. 82 ust. 3). To ostatnie odnosi się zarówno do formalnej strony oferty jak i do jej merytorycznej zawartości. Odrzucenie oferty skutkuje tym, że nie jest ona w ogóle brana pod uwagę w toku oceny ofert przez zamawiającego* (K. Młodecka, *Błędy w obliczeniu ceny a odrzucenie oferty).*

Wykonawca zaprzeczył więc twierdzeniu odwołania, jakoby sprzeczność z SIWZ w zakresie formy oferty nie mogła prowadzić do odrzucenia oferty. Oferta podlega bowiem badaniu także w zakresie jej formy, w tym jej czytelności, w szczególności, jeżeli wymóg czytelności oferty został wyrażony w SIWZ.

IV. ad zarzutu nr 3 - naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 9a ust. 1 i 2 Pzp

W zakresie zarzutu, jakoby Zamawiający rzekomo nie uwzględnił złożoności zamówienia i rzekomo bezpodstawnie wyznaczył minimalny termin składania ofert, przystępujący do postępowania odwoławczego także wskazał na bezzasadność twierdzeń T.T..

Odwołujący złożył ofertę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem należy uznać, że dysponował wystarczającym do sporządzenia tej oferty okresem czasu. Odwołującego jako przedsiębiorcę obowiązuje podwyższony miernik należytej staranności, co w realiach zamówienia publicznego oznacza m.in. staranność i sprawność w przygotowaniu oferty. Gdyby czas na przygotowanie oferty rzeczywiście miał być zbyt krótki, to Odwołujący nie zdążyłby takiej oferty sporządzić oraz jej złożyć.

Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w przetargu, dysponowali identycznym czasem na przygotowanie oferty i na jej złożenie, jak również dysponowali identycznym czasem na zgłoszenie Zamawiającemu chęci udziału w wizji lokalnej. Brak więc jakichkolwiek podstaw do uznania, żeby miało dojść do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wszyscy wykonawcy działali w identycznych warunkach.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 29 lipca 2016 r. (wykonawca kwestionuje wskazywaną w odwołaniu datę 3.08.2016 r., ponieważ pracownik wykonawcy, Jacek Pawłowski, pobrał ze strony internetowej Zamawiającego ogłoszenie o zamówieniu, pliki PDF zawierające SIWZ, już w poniedziałek 1.08.2016 r. w godzinach porannych, zatem już wtedy ogłoszenie o zamówieniu było dostępne), więc możliwe było dochowanie terminu zgłoszenia chęci udziału w wizji lokalnej budynku. Inne firmy zdążyły zgłosić taką chęć

Zamawiającemu oraz zdążyły uczestniczyć w wizji lokalnej, nie udało się to jedynie Odwołującemu, zatem należy uznać, że przyczyny takiego stanu rzeczy leżały po jego stronie.

Dowód: -ogłoszenie o zamówieniu na okoliczność daty ukazania się ogłoszenia o zamówieniu publicznym; -zeznania świadka J.P. (wezwanie na adres wykonawcy) na okoliczność daty ukazania się ogłoszenia o zamówieniu publicznym. W tym przedmiocie wyrok Izby z dnia 25 kwietnia 2016 r., sygn. KIO 543/16.

Wykonawca zaprzeczył, jakoby dla celów sporządzenia oferty było konieczne przygotowanie pracochłonnych projektów. Projekty warsztatowe są elementem zamówienia, do wykonania w trakcie jego realizacji, a nie na etapie składania ofert. Niezależnie od

---

powyższego, jeżeli Odwołujący złożył ofertę w przetargu, to należy uznać, że zdążył wykonać wszystkie rzekomo czasochłonne czynności.

Załączniki przywołane w uzasadnieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego do Izba stwierdziła, że wykonawca przystąpienie postępowania odwoławczego, Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o. z siedzibą we po stronie Wrocławiu, do zgłaszający przystąpienie postępowania odwoławczego zamawiającego, w wyniku skutecznego przystąpienia, stał się uczestnikiem tego postępowania, zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, zwanym dalej w skrócie „przystępującym”.

Izba ustaliła, że zarzut oznaczony cyfrą 3 – dotyczący: *naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 9a ust. 1 i ust. 2 przez nieuwzględnienie złożoności zamówienia i wyznaczenie minimalnego terminu składania oferty bez uwzględnienia czasu niezbędnego do jej przygotowania, podczas gdy Zamawiający przestrzegając zasady udzielania zamówień powinien wyznaczyć termin dłuższy od minimalnych terminów składania ofert określonych w ustawie ze względu na złożoność zamówienia, w tym konieczność odbycia wizji lokalnej i przygotowania szczegółowych i pracochłonnych projektów* – został przedstawiony po upływie ustawowego terminu do dokonania tej czynności.

Ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia, które zawierają wskazanie terminu składania ofert, zostały odpowiednio zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 sierpnia 2016 r., specyfikacji istotnych warunków zamówienia udostępnionej na stronie internetowej zamawiającego już w dniu 1 sierpnia 2016 r., na której też zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie: 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Bieg 10. dniowego terminu rozpoczął się od dnia 4 sierpnia 2016 r.

Zarzut przedstawiony w odwołaniu wniesionym w dniu 9 września 2016 r. w sprawie terminu składania ofert jest spóźniony i nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu. Wnioski

---

dowodowe o przeprowadzenie dowodu z ogłoszenia o zamówieniu i zeznań świadka J.P. na okoliczność daty ukazania się ogłoszenia o zamówieniu, stały się bezprzedmiotowe.

Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie w zakresie dwóch pozostałych zarzutów – 1 i 2, zgodnie z art. 189 ust. 4 i 5 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp jako wykonawca, który złożył ofertę, z ewentualnością poniesienia szkody w przypadku wykazania naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w sposób mający wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego.

Stosownie do treści § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964) – odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem, stanowią akta sprawy odwoławczej, a więc stanowią z urzędu dowody w sprawie.

Stan faktyczny sprawy został przedstawiony w stanowiskach stron i uczestnika postępowania odwoławczego, odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, powtórzonych z niezbędnymi skrótami w pierwszej części uzasadnienia (z korektą oznaczenia niektórych orzeczeń).

Odwołanie – rozpoznane na rozprawie w granicach dwóch podlegających rozpoznaniu zarzutów, które były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp), przy uwzględnieniu, że zarzuty to czynności i zaniechania czynności niezgodne z przepisami ustawy, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz obowiązku stron i uczestnika postępowania odwoławczego do przedstawiania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, aż do zamknięcia rozprawy (art. 190 ust. 1 ustawy) – podlega oddaleniu.

Ocena zarzutów odwołania:

1) art. 87 ust. 1 przez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty w sytuacji, gdy Zamawiający poddał w wątpliwość jednoznaczność sformułowania oferty w zakresie kryterium terminu usunięcia usterek, co skutkowało nienależytym dokonaniem oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
2) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez niezgodne z prawem dokonanie czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy nie wystąpiły przesłanki uprawniające Zamawiającego do zastosowania wskazanej w tym przepisie sankcji w postaci odrzucenia oferty.

Ad 1. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: *W toku badania i oceny ofert zamawiający może* żądać *od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*

Przepis ma charakter fakultatywny – zamawiający może żądać, ale nie jest zobowiązany. Stosownie do charakteru przepisu, wezwany wykonawca może nie zastosować się do wezwania nie będąc narażonym z tego tytułu na żadne sankcje. Jedynym skutkiem nie zastosowania się do wezwania jest ocena oferty wezwanego wykonawcy w takim zakresie, w jakim została złożona.

Z treści przepisu, orzecznictwa wskazanego w stanowiskach stron i przystępującego, również opinii prawnej uzyskanej przez zamawiającego na zamówienie (P.G.), opinii prawnej pełnomocnika zamawiającego, wynika jednoznacznie: regulacja art. 87 ust. 1 ustawy Pzp powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji zamawiającego, czyli prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień. Uprawnienie zamawiającego w kategoriach jego obowiązku postrzegano w orzecznictwie, wskazując w uzasadnieniach, a nie sentencji rozstrzygnięcia, na powinność zamawiającego równoważną obowiązkowi wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, mając na uwadze uzyskanie wyjaśnień rozwiewających wątpliwości co do treści oferty. W żadnym ze wskazanych w odwołaniu orzeczeń Izba nie nakazała zamawiającemu w sentencji wyroku, wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie w niektórych uzasadnieniach wskazała taką niezbędność służącą właściwej ocenie oferty.

Przykładowo w innym wyroku z dnia 29 marca 2011 r., sygn. akt KIO 528/11, Izba wskazała: *Choć ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakłada na Zamawiającego obligatoryjnego obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, to jednak pozwala Zamawiającemu uzyskać absolutną pewność w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia.*

W wyroku z 30 marca 2010 r., sygn. akt X Ga 7/10, Sąd Okręgowy we Wrocławiu wskazał: *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości* żądania *od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej*

części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał.

Przepis art. 180 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: *Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu*

o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zatem, mając na uwadze uprawniający, a niezobowiązujący charakter przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, należy przyjąć, że odwołanie podważające czynności zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia w granicach ustawowego uprawnienia, bądź zarzucające zaniechanie czynności, do których zamawiający nie był zobowiązany na podstawie ustawy – nie ma niezbędnego substratu zaskarżenia.

Istotną kwestią jest to, że zamawiający nie ma potrzeby uzyskiwania wyjaśnień, jeżeli jest w posiadaniu wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie treści oferty. W tej sprawie zamawiający uzyskał wyjaśnienia odwołującego w wyniku korespondencji elektronicznej dotyczącej sprostowania protokołu z otwarcia ofert. Odwołujący jednoznacznie potwierdził wskazując w odwołaniu, że złożył wyjaśnienia we wniosku o sprostowanie protokołu co do terminu usunięcia usterek, stanowiącego kryterium oceny ofert. Potwierdził również na rozprawie, wskazując: *Według odwołującego wezwanie powinno brzmieć: wzywa do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp dotyczących treści oferty w zakresie określenia kryterium terminu usunięcia usterek przez wyjaśnienie wstawionego w formularzu ofertowym znaku graficznego. Odpowiedź odwołującego brzmiałaby, że jest to jedna godzina* (protokół z rozprawy str. 6).

Z dowodów przedstawionych w postępowaniu, wyjaśnień odwołującego złożonych na rozprawie, wynika potwierdzenie stanowisk zamawiającego i przystępującego, że przez złożenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących czasu usunięcia usterek w kryterium „Termin usunięcia usterek", odwołujący dąży do podania właściwego oznaczenia czasu na podstawie przedstawionego w ofercie znaku graficznego wskazującego połączenie dwóch liter „g" i „d". Podanie przez odwołującego jako właściwej – litery „g" przy założeniu, że oznacza godzinę, zmienia punktację obu ofert wskazując na ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą.

W okolicznościach sprawy Izba uznała, że niewezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w sytuacji, gdy zamawiający dysponuje wystarczającymi wyjaśnieniami złożonymi przez odwołującego, zaś żądanie wyjaśnień jest uprawnieniem zamawiającego w razie powzięcia wątpliwości co do treści oferty, a nie obowiązkiem w rozumieniu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp – nie stanowi naruszenia wskazanego w odwołaniu przepisu art. 87 ust. 1 ustawy (podobnie w wyroku z dnia 18 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1183/16).

Ad 2. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego następuje wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na wskazane zastrzeżenie i dotyczy m.in. przedmiotu zamówienia, sposobu jego wykonania, czy innych istotnych elementów oferty. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zamawiający opisał w SIWZ kryteria oceny ofert – cena ofertowa brutto 60 pkt, termin gwarancji 10 pkt, termin usunięcia usterek 30 pkt. Opis kryterium terminu usunięcia usterek został wskazany jako „najkrótszy czas usunięcia usterek".

Odwołujący zamieścił w formularzu „oferta", wypełnionym odręcznie (przez dwie

osoby, jak wyjaśniono na rozprawie), w wierszu „Termin usunięcia usterek" cyfrę 1 oraz znak graficzny, który może wskazywać połączenie dwóch liter „d" i „g". Ze znaku nie można odczytać litery napisanej zgodnie z polskim alfabetem.

Podczas otwarcia ofert zamawiający odczytał przedstawiony znak graficzny jako literę „d". W wyniku wyjaśnień złożonych przez odwołującego w korespondencji o sprostowanie protokołu z otwarcia ofert, zamawiający dokonał analizy opisu, uznając w konsekwencji, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z następującym uzasadnieniem: *Oferta T.T. - APAVia została sporządzona pismem ręcznym. Zamawiający powziął wątpliwości co do treści parametrów oferty podlegających punktacji zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Komisja przetargowa sporządziła protokół, w którym znalazło odzwierciedlenie samodzielne uznanie przez Komisję,* że *na treść oferty składa się między innymi wskazanie terminu usunięcia usterek na „1 d". Komisja przyjęła,* że *oznacza to „1 dzień".*

T.T. złożył żądanie *przesłania mu protokołu otwarcia ofert. Po jego otrzymaniu wystąpił na drodze elektronicznej o jego sprostowanie, wskazując: jednocześnie zwracam się z wnioskiem o sprostowanie zapisów w/w protokołu z otwarcia ofert ponieważ w kryterium „termin usunięcia usterek" wskazałem 1g co jest równoznaczne z 1 godziną a nie jak Pani sugeruje - 1 dniem, który nie jest jednostką miary czasu, a czym jest sekunda, minuta, godzina, doba…, pozostawiając duże pole do nadinterpretacji wg http://sjp.pwn.pl/sjp/dzien;2455714.html*

Proszę o przesłanie poprawnego w zapisach protokołu z otwarcia ofert a także potwierdzenia otrzymania powyższego maila/korespondencji.

Podkreślić trzeba, że *termin usunięcia usterki jest elementem punktowanym, rzutującym istotnie na wybór oferty.*

W tym stanie rzeczy Komisja przetargowa Zamawiającego dokonała ponownego przeanalizowania tej oferty, dochodząc ostatecznie do przekonania, że *znak postawiony po cyfrze „1" w pozycji „Termin usunięcia usterek" nie odpowiada ani literze „g" ani literze „d". Wzięła również pod uwagę,* że *po wątpliwym znaku graficznym nie następuje* żaden *znak interpunkcyjny (np. znak „."), wskazujący na zastosowanie skrótu. Komisja przetargowa uznała,* że *„Termin usunięcia usterek" w ofercie T.T. nie został napisany czytelnie, w sposób umożliwiający określenie jednostki czasu, którą posłużył się oferent.*

Ogłoszona w tym postępowaniu Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia MW/ZP/3/PN/2016, wprowadza następujące wymagania co do treści oferty:

XI. Opis sposobu przygotowania ofert 1. Formularz oferty powinien być sporządzony zgodnie z załączonym wzorem do SIWZ. 2. Oferta powinna być zgodna z postanowieniami niniejszego postępowania. 3. Do oferty należy załączyć wszystkie dokumenty wymagane w rozdziale VIII SIWZ. 4. Oferta winna być sporządzona w języku polskim, na komputerze, pismem maszynowym lub ręcznie nieścieralnym atramentem. Oferty nieczytelne nie będą rozpatrywane. Art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:* (cytowana treść punktów 1-8 ustępu 1).

Kierując się treścią wskazanego przepisu prawa Zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty T.T.. Podstawą prawną odrzucenia oferty jest art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a podstawą faktyczną niezgodność złożonej oferty z SIWZ MW/ZP/3/PN/2016 w zakresie pkt XI, która zawiera warunek czytelności oferty. Warunek ten zawiera się w zastrzeżeniu „Oferty nieczytelne nie będą rozpatrywane". Przedmiotowa oferta została uznana za niekompletną w zakresie tych elementów, jakie nie dają się odczytać. Jest to sytuacja równoznaczna w skutkach z brakiem - wymaganego przez Zamawiającego - wskazania oferowanego terminu usunięcia usterek.

Zamawiający rozważył możliwość przyjęcia, że żądania *sprostowania protokołu stanowią wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1 Pzp), z tą tylko różnicą,* że *zostały złożone nie na skutek formalnego wezwania przez Zamawiającego, lecz samorzutnie przez oferenta. Uznał jednak za niedopuszczalne uzupełnianie treści oferty dotkniętej istotnym brakiem, po upływie terminu do składania ofert, a tym bardziej po dokonaniu czynności otwarcia ofert, w drodze wyjaśnień. W ramach niniejszego stanu faktycznego nie zachodzi możliwość ustalenia na podstawie pozostałej treści oferty,* że *oferent stawiając nieczytelny znak miał faktycznie na myśli posłużenie się skrótowym oznaczeniem godziny. W ocenie Zamawiającego oferent zobowiązany jest do zachowania standardowej, kupieckiej*

staranności przy sporządzaniu oferty, w zakresie której to staranności leży jej napisanie w sposób czytelny. Oferent decyduje o skorzystaniu ze środków *technicznych lub pisma ręcznego, jednak pisząc ofertę ręcznie winien upewnić się,* że *jest ona czytelna dla*

obiektywnego odbiorcy, dostępna bez wieloznaczności. Nieczytelność pisma ręcznego świadczy *co najmniej o niedbalstwie ze strony oferenta.*

Zamawiający, odrzucając wyjaśnienia oferenta, miał również na uwadze, że *dopuszczenie do uzupełnienia oferty sporządzonej nieczytelnie po zapoznaniu się z warunkami określonymi w pozostałych ofertach, otwiera drogę do manipulowania treścią oferty przez określonego uczestnika postępowania, w zależności od treści ofert pozostałych i w ten sposób wpływania na wynik postępowania.*

Oceniając powyższe Izba miała na uwadze, że zamawiający żądając wskazania najkrótszego czasu usunięcia usterek z przyznaniem w kryterium oceny ofert termin usunięcia usterek 30 pkt, nie opisał sposobu oznaczenia czasu, tym samym pozostawiając wykonawcom swobodę w zaoferowaniu czasu oznaczonego w przyjętych przez nich jednostkach miary.

Przystępujący stwierdził w zgłoszeniu przystąpienia i wyjaśnił na rozprawie, że jednostka czasu „dzień" wynika z przepisów Kodeksu cywilnego. Przepis art. 111 § 1 wskazuje sposób ustalania zakończenia terminu oznaczonego w dniach, a więc dopuszcza termin liczony w dniach.

Odwołujący powołał się na rozprawie na rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 listopada 2006 r. w sprawie legalnych jednostek miar (Dz. U. Nr 225 poz. 1638, § 6 ust. 2 pkt 3). Przepis ten wskazuje jednostki czasu – minuta (min), godzina (h), doba (d). Zgodnie z § 5 rozporządzenia załącznik nr 2 zawiera wykaz jednostek dopuszczonych oraz ich nazwy, definicje i oznaczenia. Nazwy i oznaczenia: minuty, godziny i doby – wskazane w § 6 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia zostały powtórzone w załączniku nr 2.

Z powyższego wynika, że czas usunięcia usterek, przy stosowaniu jednostek dopuszczonych na podstawie rozporządzenia (aktu wykonawczego do ustawy z dnia 11 maja 2001 r. – Prawo o miarach), przyjęty jako godzina, powinien być oznaczony: „godzina" lub „h".

Oznaczenie czasu usunięcia usterek w ofercie odwołującego nie wskazywało żadnej jednostki przyjętej dla oznaczenia czasu.

Braku tego nie można potraktować jako możliwego do usunięcia w wyniku wyjaśnień złożonych przez odwołującego, nie ma również podstaw do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż oznaczenie czasu usunięcia usterek nie nosi znamion omyłki, a ponadto aspekt ten, to istotna zmiana oferty przez jej wypełnienie w zakresie wymaganego w SIWZ parametru.

Zgodnie z ofertami obu wykonawców, elementy oceniane w kryteriach oceny ofert, to – przystępującego: cena oferty 5 254 560,00 zł, gwarancja 10 lat, termin usunięcia usterek 0,5 dnia, odwołującego: cena oferty 6 188 100,00 zł, gwarancja 7 lat, czas usunięcia usterek

1 – z wpisanym znakiem graficznym. Gdyby wstawiony znak został uznany jako godzina, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, w przypadku uznania znaku jako dzień, najkorzystniejszą ofertą byłaby oferta przystępującego. Zatem, niewłaściwe (nieodpowiadające żadnej jednostce miary) wskazanie czasu usunięcia usterek lub niewskazanie wymaganego czasu, nie może być oceniane w kategoriach jakichkolwiek omyłek.

Gdyby nawet przyjąć, że oferta odwołującego podlegałaby ocenie z pominięciem czasu usunięcia usterek, wówczas zostałaby oceniona na drugiej pozycji, co czyni, że czynność zamawiającego dotycząca oferty odwołującego, nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12 wynika: *zgodnie art. 192 ust. 2 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W omawianym przypadku,*

odrzucenie oferty wykonawcy będącego na drugiej pozycji nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania przetargowego, gdyż wykonawca sklasyfikowany na pierwszej pozycji pozostawał taki sam. Z tego względu należało uznać, że *ewentualne naruszenie przepisów ustawy nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Reasumując powyższe, wobec niemożliwości potwierdzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie wyjaśnień odwołującego złożonych zamawiającemu oraz braku podstaw do dokonania zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy należało uznać za zasadne.

Dowód odwołującego złożony na rozprawie – wskazanie terminu usunięcia usterek w zestawieniu cen ofert z 14 września 2016 r. – nie miał znaczenia dla oceny zarzutów.

Izba uznając, że odwołujący nie wykazał zasadności podniesionych zarzutów, oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich

---

rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: ……