

WYROK

z dnia 24 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow Protokolant: Adam

Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **GETIN Fleet Spółka Akcyjna, ul. Gwiaździsta 66, 53-413 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Poczta Polska S.A. ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Hitachi Capital Polska sp. z o.o., ul. Palisadowa 20/22, 01-940 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **GETIN Fleet Spółka Akcyjna, ul.**

Gwiaździsta 66, 53-413 Wrocław

i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GETIN Fleet Spółka Akcyjna, ul. Gwiaździsta 66, 53-413 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Poczta Polska S.A. ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »dostawa samochodów osobowych w ramach wynajmu«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 02.06.2016 r. pod nrem 2016/S 105-188076.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

– Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 28.12.2016 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Hitachi Capital Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Palisadowa 20/22, 01-940 Warszawa;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy GETIN Fleet S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Gwiaździsta 66, 53-413 Wrocław, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji
– art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający stwierdził, że wymagał, aby Wykonawca określił termin dostawy w taki sposób, aby w jednym tygodniu kalendarzowym do jednego odbiorcy nie było dostarczane więcej niż 15 pojazdów, a w ofercie Odwołującego wskazano dla 45 pojazdów przeznaczonych dla jednego odbiorcy, tj. Region Dystrybucji w Warszawie, jeden termin dostawy – 18 tydzień kalendarzowy 2017 r.

Wykonawca GETIN Fleet S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Gwiaździsta 66, 53-413 Wrocław, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 5.01.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie czynności wezwania Wykonawcy do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie dokonania poprawy oczywistej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie powodującej istotnych zmian w treści oferty;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
- 3) powtórzenie czynności badania oferty złożonej przez Odwołującego i w jej trakcie:

- a) nakazanie poprawienia oczywistej omyłki nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty złożonej przez Odwołującego lub też ewentualnie,
 - b) wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- 4) uznanie przez Zamawiającego oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą z uwagi na uzyskanie najwyższej łącznej liczby punktów przyznanych w kryteriach „Cena oferty” i „parametry opcjonalne”;
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniami Zamawiającego, że jego oferta nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) i podnosi, co następuje:

I. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt B Pzp

Odwołujący złożył ofertę zgodnie z SIWZ na kwotę 9 936 172,96 zł brutto. Druga oferta złożona w tym postępowaniu opiewała na kwotę 11 067 974,68 zł brutto. W zał. B do formularza ofertowego Odwołujący wskazał jako termin dostawy samochodów 18 tydzień kalendarzowy 2017 r. Jednocześnie należy wskazać, że w zał. B do formularza ofertowego Zamawiający wskazał jako wymagany termin dostawy tygodnie kalendarzowe 2017 r. od 8 tygodnia do 22 tygodnia 2017 r.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający zarzucił Wykonawcy fakt, że w załączniku B wskazał jako termin dostawy w jednym tygodniu więcej niż 15 samochodów do jednego odbiorcy. Odwołujący chce zauważyć, że odbiorcą wszystkich samochodów jest Zamawiający POCZTA Polska S.A., a nie jej jednostki organizacyjne, czyli regiony dystrybucji. Ponadto w pkt 4.2 SIWZ (termin i sposób wykonania zamówienia) Zamawiający zaznaczył, że „Okres dostawy pojazdów zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 4 do SIWZ (projekt umowy). Jednocześnie w § 8 ust. 2 Projektu Umowy, Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do telefonicznego uzgodnienia daty odbioru pojazdów z osobą wytypowaną przez Wykonawcę. W związku z tym należy przyjąć, że terminy podane w załączniku B są terminami granicznymi do odbioru samochodów,

a liczba i data wydania poszczególnych samochodów musi być każdorazowo uzgadniana z Zamawiającym.

Mając na uwadze powyższe, art. 87 ust. 1 Pzp należy odczytywać zarówno jako uprawnienie zamawiającego, zależne od jego uznania, jak i prawo do żądania wyjaśnień powiązane z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert. Uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty przeradza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy (por. wyroki KIO z 13 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 992/09; KIO/UZP 1519/09; KIO/UZP 1520/09).

Skoro zamawiający ma wątpliwości, dotyczące treści złożonej oferty, musi te wątpliwości przed odrzuceniem oferty wyjaśnić. Przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w każdym przypadku zamawiający obowiązany jest wyjaśnić wszelkie wątpliwości, a nawet powtórzyć czynność badania lub oceny oferty, nawet wówczas, gdy nie są one przedmiotem odwołania (Aneta Bazan, Edmund Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. II, Lex 2015).

Dlatego też zarzut naruszenia art. 87 ust 1 oraz art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp jest w pełni uzasadniony.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie z wskazanym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający powinien był dokonać poprawek oczywistego błędu Wykonawcy nie powodującego istotnych zmian w treści oferty. Ewentualnie Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Takie możliwości dawał Zamawiającemu także pkt 15 SIWZ.

Wykonawca chce podkreślić, że do oceny oferty Zamawiający przyjął dwa kryteria (pkt 15.4 SIWZ):

Cena-waga 93%,

Dodatkowe wyposażenie pojazdów – waga 7%.

W przypadku, gdyby oferta złożona przez Odwołującego nie została odrzucona, ocena ofert przez Zamawiającego powinna wyglądać następująco:

Oferta Wykonawcy GETIN Fleet – 98,20 pkt

Oferta Wykonawcy Hitachi Capital Polska Sp. z o.o. – 90,48 pkt

Tym samym za najkorzystniejszą ofertę powinna zostać uznana oferta Odwołującego.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 3.01.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 4.01.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

5.01.2017 r. wykonawca Hitachi Capital Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Palisadowa 20/22, 01-940 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 19.01.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp – przez zaniechanie czynności wezwania Wykonawcy do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz zarzut drugi naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – przez zaniechanie dokonania poprawy oczywistej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ nie powodującej istotnych zmian w treści oferty – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zamawiający wyspecyfikował w ust. 2 załącznika B do formularza ofertowego będącego zał. nr 1 do SIWZ terminy dostawy przedmiotu zamówienia. Termin ten był ściśle związany z możliwością dostarczenia najwyżej 15 samochodów tygodniowo do jednego odbiorcy (rejonu dystrybucji) cyt. »Terminy dostawy należy określić w taki sposób, aby w jednym tygodniu kalendarzowym do jednego odbiorcy nie było dostarczane więcej niż 15 pojazdów«. Jednak odwołujący zaoferował dostawę dla jednego rejonu (Warszawa) 45 samochodów w jednym, osiemnastym tygodniu.

Ponadto z całej oferty, co stwierdza zamawiający, nie można było wywnioskować w jaki sposób to odstępstwo od wymagań zamawiający mógłby zmienić, aby oferta była zgodna z SIWZ. Dodatkowo zamawiający stwierdził, że oferta jest czytelna i jasna, a jej treść nie budzi żadnych wątpliwości. Dlatego zamawiający uznał, że nie może wszcząć procedury wyjaśniania treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »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 jakiegokolwiek zmiany w jej treści«.

Izba stoi na stanowisku, że w przepisie art. 87 ust. 1 Pzp nie zostały zawarte jakiegokolwiek przesłanki uniemożliwiające wystosowanie przez zamawiającego do wykonawcy żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednak z praktyki, a także ugruntowanego orzecznictwa i doktryny wynika, że zamawiający powinien wystosować do wykonawcy żądanie wyjaśnień dopiero, gdy zrodzą się u zamawiającego jakiegokolwiek wątpliwości do treści oferty. W innych przypadkach żądanie wyjaśnień byłoby bezpodstawne i bezcelowe.

Również odwołujący nie wykazał w jaki sposób należałoby poprawić wskazane miejsce w tabeli dołączonej do oferty odwołującego, zgodnie z art. 87 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »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«.

Także Izba stwierdziła, że podczas całego postępowania zamówieniowego, a nawet podczas rozpoznawania sprawy w trakcie postępowania odwoławczego, odwołujący nigdzie nie wskazał jak można poprawić kwestionowany fragment oferty. W związku z brakiem wskazania sposobu poprawienia oferty odwołującego, Izba nie może się przychylić do pierwszego zarzutu odwołującego naruszenia art. 87

ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp. Dodatkowo Izba stwierdza, że poprawa błędnego sformułowania w ofercie może nastąpić, gdy zwłaszcza w treści oferty znajdują się wskazania sposobu poprawienia oferty, a w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym brak jest takiego wskazania czy należałoby poprawić na dostawę 15 samochodów w 18, 19 i 20 tygodniu, czy dostawa po 10 na koniec 5 samochodów w kolejnych tygodniach czy jeszcze inaczej.

Także argument odwołującego, że zgodnie z § 8 ust. 2, § 2, § 5 i § 13 projektu (wzoru) umowy stanowiącego zał. nr 4 do SIWZ odwołujący dokonałby dostawy w sposób wymagany przez zamawiającego nie mogą zostać przez Izbę uwzględnione.

Wskazane postanowienia umowne odnoszą się do wykonania umowy, a nie do wykazania spełnienia wymagań zamawiającego przez wykonawcę, dlatego nie mogą stanowić dowodu na potwierdzenia spełnienia wymagań zamawiającego.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez bezpodstawne dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający napotkał się w ofercie odwołującego na odstępstwo od postanowień treści SIWZ, którego nie można poprawić zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp, co zostało także wykazane na rozprawie. W związku z tym zamawiający musiał zastosować się do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucić ofertę odwołującego. Dlatego Izba nie może się przychylić także do zarzutu trzeciego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:.....