

Sygn. akt KIO 1975/14

WYROK
z dnia 13 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2014 r. przez itprojekt Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Wrocławską we Wrocławiu

przy udziale WASKO S.A. w Gliwicach zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża itprojekt Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez itprojekt Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Politechnika Wroclawska we Wroclawiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „dostawa dwóch klastrów serwerów obliczeniowych w ramach projektów prowadzonych przez Zamawiającego”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 lipca 2014 r. pod nr 2014/S 139-249088.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

15 września 2014 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez WASKO S.A. w Gliwicach, natomiast odrzucił ofertę złożoną przez itprojekt Sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawcy, których oferta została odrzucona wnieśli odwołanie 25 września 2014 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Treść odwołania za wyjątkiem danych teleadresowych i komparycji została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

WASKO S.A. w Gliwicach przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, której jawność została wyłączona. W czasie rozprawy strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt IV ust. 2 *in fine* siwz zamawiający zobowiązał wykonawcę do jednoznacznego określenia zaoferowanych urządzeń/produktów/elementów, scharakteryzowania ich przez odpowiednie wskazanie (wg szczegółowego wymogu postawionego przez zamawiającego)

np.: na konkretny wyrób, nazwanie, typ, model, nazwy producenta, wskazanie parametru zgodnie z załącznikiem nr 5b do siwz (siwz str.7/21, w aktach sprawy).

Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść załącznika 5b (oferta odwołującego, w aktach sprawy).

Zamawiający po otrzymaniu od odwołującego wyjaśnień w tej kwestii uznał to zastrzeżenie za skuteczne (pisma z 1 i 3 września 2014 r., w aktach sprawy).

Konsekwencją tego stanu rzeczy było zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego wyjaśnień udzielonych zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie wystosowane w trybie art. 87 ust. 1 Pzp (pisma z 3 oraz 9 września 2014 r., w aktach sprawy).

Zbieżnie z tym, zamawiający, który po ocenie wyjaśnień uznał, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, nie udostępnił wszystkim wykonawcom całości uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego. W jawnej części uzasadnienia faktycznego zamawiający podał, że odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niespełnienia wymagań technicznych, gdyż w czasie badania i oceny ofert zamawiający ustalił, że oferta nie zapewni zamierzonego i opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „siwz”) celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. Zamawiający wskazał, że sugerowane przez wykonawcę „omyłki” nie mogły zostać zakwalifikowane i tym samym poprawione przez zamawiającego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a przez złożenie wyjaśnień wykonawca chciał doprowadzić do nieuprawnionej zmiany oferty (pismo z 15 września 2014 r. w aktach sprawy).

W pozostałej części odnoszącej się do treści oferty odwołującego oraz oceny udzielonych przez niego wyjaśnień, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, uzasadnienie zostało zastrzeżone do wiadomości odwołującego (pismo z 15 września 2014 r. w aktach sprawy).

Izba zważyła, co następuje:

Przed wszystkim Izba oceniła, że zastrzeżenie całej treści odwołania jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego jest nadmierne i nie odpowiada prawu. Odwołujący może chronić elementy swojej oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednak nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa zarzuty i żądania odwołania, w zakresie podanym przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego przesłanej wszystkim wykonawcom.

Tym bardziej nieuprawnione było zastrzeżenie okoliczności wskazujących na wykazanie przez odwołującego przesłanek wymaganych art. 179 ust. 1 Pzp. Kryteria oceny ofert oraz

ceny ofert poszczególnych wykonawców są informacjami dostępnymi publicznie, odpowiednio w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz informacji podawanych na otwarciu ofert. Nie stanowią również tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego okoliczności, z których wynika zachowanie terminu ustawowego na wniesienie odwołania.

Izba uznała zatem, że treść odwołania w powołanym zakresie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego.

Należy zatem przywołać, że odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią siwz, mimo spełnienia przez zaoferowane rozwiązanie oraz urządzenia wszystkich wymagań technicznych zawartych w siwz;
- art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty;
- art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieprecyzyjne i lakoniczne uzasadnienie przyczyn faktycznych i prawnych odrzucenia oferty odwołującego w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 15 września 2014 r.;
- art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp polegające na dokonaniu wyboru oferty WASKO S.A. jako najkorzystniejszej pomimo tego, iż oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności badania i oceny ofert;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego;
 - w przypadku uznania, iż dokumenty podmiotowe złożone wraz z ofertą podlegają uzupełnieniu, wezwanie odwołującego do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp;
 - poprawienie w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty odwołującego z siwz niepowodujących istotnych zmian w treści oferty;
- dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej;
- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa przed Izbą.

Izba zważyła, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył

ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Formułując uzasadnienie Izba stanęła przed dylematem dotyczącym sformułowania uzasadnienia wynikającym z zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa merytorycznej treści odwołania, kluczowych dla rozstrzygnięcia zarzutów dokumentów i oświadczeń oraz wyłączenia jawności rozprawy.

Mając wzgląd na okoliczności sprawy, Izba rozważyła sformułowanie uzasadnienia orzeczenia w sposób szczegółowy z podaniem wprost ustaleń faktycznych wynikających z zastrzeżonej treści oferty i wyjaśnień odwołującego. Konsekwencją takiego działania byłoby zastrzeżenie uzasadnienia, co najmniej w części zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, a zatem w okolicznościach sporu praktycznie w całości. Uzasadnienie takie otrzymałyby wyłącznie strony, z pominięciem przystępującego, mimo posiadania przez niego statusu uczestnika postępowania.

Drugą możliwością było sporządzenie uzasadnienia, które otrzymałyby zarówno strony, jak i przystępujący. Takie uzasadnienie musiałoby być sformułowane w sposób bardziej ogólny przede wszystkim w warstwie ustaleń faktycznych w celu poszanowania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

Izba w składzie rozpoznającym badane odwołanie opowiada się za drugą możliwością.

Przesądzające znaczenie ma bowiem to, że orzeczenie Izby dotyczy sytuacji prawnej wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu odwoławczym - zamawiającego, którego czynność podlega ocenie, odwołującego, który czynność tę kwestionuje oraz przystępującego, którego oferta skutkiem uwzględnienia odwołania nie mogłaby być uznania za najkorzystniejszą. Skoro zatem wyrok dotyczy praw wszystkich uczestników postępowania odwoławczego, to również uzasadnienie powinno być dla nich jednakowe. Istotne jest bowiem, aby w razie wniesienia skargi, żaden z uczestników sporu, w szczególności przystępujący, nie został całkowicie pozbawiony możliwości oceny rozstrzygnięcia zapadłego w postępowaniu odwoławczym oraz obrony swoich praw w czasie postępowania przed Sądem Okręgowym.

Takie sformułowanie uzasadnienia pozwala na zachowanie większej spójności z ustnymi motywami rozstrzygnięcia podawanymi na jawnym posiedzeniu, na którym następuje ogłoszenie orzeczenia.

Kierując się tymi racjami Izba sformułowała uzasadnienie, którego treść jest taka sama dla wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu odwoławczym, jednak z poszanowaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp okazał się całkowicie bezzasadny. Wbrew twierdzeniom odwołania podstawa faktyczna i prawna odrzucenia oferty odwołującego zostały wskazane precyzyjnie i szczegółowo w otrzymanym przez odwołującego piśmie z 15 września 2014 r. Zamawiający podał wszystkie niezbędne informacje i dokonał ich kwalifikacji prawnej, która podlegała badaniu w czasie rozprawy.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazał trzy podstawy faktyczne, do których Izba odniesie się w kolejności przyjętej przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania.

W zakresie pierwszej z nich, Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że żądanie wyjaśnień treści oferty skierowane przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp nie miało oparcia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przeciwnie, wezwanie zamawiającego dotyczyło treści oferty odwołującego, właściwości oferowanego przedmiotu oraz wymagań zamawiającego opisanych w siwz. Stosowne postanowienie siwz zostało przywołane w treści wezwania.

Izba podzieliła pogląd zamawiającego i uznała, że przez złożone wyjaśnienia odwołujący nie tyle doprecyzował, ile zmienił treść swojej oferty.

Oferta odwołującego w badanym zakresie była sformułowana jasno, źródłem wątpliwości z zamawiającego wyrażonych w wezwaniu była zgodność oferty z opisanymi wymaganiami. Nie budzi wątpliwości Izby, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego odnoszą się do innego przedmiotu, mają inny desygnat, niż to, co zostało wskazane w treści oferty. Wynika to również z pisma złożonego na rozprawie przez odwołującego („dowód 2”), które odnosi się do treści wyjaśnień z pominięciem tego, co zostało wskazane w ofercie. Odwołujący składając wyjaśnienia zmienił treść swojej oferty, co narusza prawo. Zgodnie z art. 82 ust. 1 Pzp wykonawca może złożyć jedną ofertę, której treść pozostaje niezmienna z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 Pzp.

Twierdzenie przeciwne do tezy o zmianie treści oferty przez odwołującego nie wynika z pozostałych pism złożonych na rozprawie. Z pism oznaczonych jako dowody 1, 3, 4, 5, 6 i 7 można wywieść to jedynie, że w opinii ich wystawców oba rozwiązania tj. wskazane w ofercie oraz wyjaśnieniach powinny mieć dla zamawiającego taką samą wartość techniczną. Ponadto dowód nr 4 nie odnosi się do produktu oferowanego przez odwołującego.

W konsekwencji Izba uznała, że dowód na okoliczność zgodności oferty odwołującego z siwz nie został złożony, a okoliczność, że w opinii odwołującego przedmiot wskazany w wyjaśnieniach spełnia wszystkie wymagania techniczne zawartych w siwz jest bez znaczenia.

Na marginesie jedynie należy stwierdzić, że z dowodu nr 9 złożonego przez zamawiającego wynika teza przeciwna, a wszystkie dowody złożone na rozprawie są wyłącznie dokumentami prywatnymi.

Ponadto, jeśli to, co odwołujący zapisał w ofercie obciążone było błędem, to poprawa tego błędu byłaby możliwa wyłącznie w granicach przewidzianych ustawą. Możliwości poprawienia odwołujący nie podnosił.

W zakresie drugiej z podstaw faktycznych odrzucenia oferty odwołującego Izba zważyła, że fakt popełnienia przez odwołującego omyłki w treści oferty nie jest sporny. Sporna jest przede wszystkim kwalifikacja tej omyłki oraz możliwość jej poprawienia zgodnie z przepisami ustawy.

Odnosząc się do istoty sporu Izba stwierdziła przede wszystkim, że omyłka popełniona przez odwołującego nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej, gdyż błąd popełniony przez odwołującego pozbawiony jest przymiotu oczywistości. Omyłka ma charakter oczywisty, gdy jest widoczna dla każdego, na pierwszy rzut oka i polega w szczególności na opuszczeniu, przekręceniu lub innej niedokładności o charakterze przypadkowym.

Błąd popełniony przez odwołującego wymaga tymczasem analizy postanowień siwz oraz oferty odwołującego przez osobę dysponującą wiedzą z zakresu informatyki.

W tej sytuacji należało rozważyć, czy błąd w treści oferty odwołującego podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba uznała, że nie jest to możliwe. Uchybienie popełnione przez odwołującego mogłoby być uznanie za nieistotne z punktu widzenia całości oferowanego świadczenia oraz ze względu na koszt poprawionych elementów oferty. Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie stoi jednak na stanowisku, że omyłki w treści oferty podlegają poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w sytuacji, gdy zamawiający jest w stanie dokonać tej poprawy samodzielnie oraz istnieje wyłącznie jedna możliwość poprawienia oferty.

Nie można pomijać, że oferta jest oświadczeniem woli wykonawcy, który kształtuje ją samodzielnie.

Wyjaśnienia składane w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz poprawa oferty przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp mają na celu odtworzenie prawidłowej treści oświadczenia woli wykonawcy, które zostało zniekształcone w sposób przypadkowy. Nie bez kozery ustawa w art. 87 ust. 2 Pzp dopuszcza możliwość poprawienia oferty wyłącznie w zakresie omyłek. Nie jest dopuszczalne, aby zamawiający, powołując się na art. 87 ust. 2 Pzp samodzielnie kształtował treść oświadczenia woli wykonawcy, jeśli obiektywnej wiedzy o treści takiego oświadczenia nie można wywieść ze złożonej oferty (por. przykładowo wyrok KIO 994/14)

Oferta odwołującego nie jest możliwa do poprawy, gdyż istnieją co najmniej dwa sposoby dokonania zmiany jej treści. Tylko jeden z nich był eksponowany przez odwołującego, podczas gdy inna możliwość dokonania poprawy wynika już z samej treści odwołania (str. 9, trzeci akapit „od dołu”, zdanie trzecie i czwarte) oraz dowodu 9 złożonego przez odwołującego.

Natomiast w zakresie trzeciej z podstaw faktycznych odrzucenia oferty Izba przyznała rację odwołującemu.

Izba zważyła, że z treści oferty nie wynika, aby odwołujący zaoferował zamawiającemu wiele różnych rozwiązań przez co należałoby uznać złożoną przez niego ofertę za ofertę wariantową. Podzielono zatem w tej mierze pogląd odwołującego również w tym zakresie, że zamawiający może domagać się od odwołującego świadczenia w całym zakresie wskazanym w tej części oferty. Izba uznała wprawdzie, że brak jest podstaw, który z elementów treści oferty powinien być wykreślony, to skoro oba są zgodne z siwz (dowody na twierdzenie przeciwne nie zostały przedstawione przez zamawiającego), to brak jest podstaw do twierdzenia, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Reasumując, dwie z podstaw faktycznych odrzucenia oferty zostały trafnie powołane przez zamawiającego.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje pewien formalizm, niezbędny dla zachowania transparentności procedury oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Z tego względu od wykonawców uczestniczących w postępowaniu należy oczekiwać zwiększonej staranności, którą nie wykazał się odwołujący. Nie można bowiem pomijać, że poprawienie treści oferty mimo, że jest obligatoryjnym działaniem zamawiającego, to jednak stanowi wyjątek od reguły nakazującej złożenie oferty zgodnej z SIWZ i może być dokonywane jedynie w ścisłych granicach wyznaczonych przez przepisy.

Skoro oferta odwołującego podlega odrzuceniu, ewentualne braki w dokumentach potwierdzających spełnianie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem złożenie oferty podlegającej odrzuceniu jest przesłanką negatywną wyłączającą możliwość uzupełnienia wadliwych dokumentów.

Izba oparła rozstrzygnięcie na wymienionych pismach i dowodach. Pozostałe pisma złożone na rozprawie w charakterze dowodu pominęła, gdyż uznała je za zbędne do rozstrzygnięcia sporu.

Potwierdzenia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wadliwą kwalifikację prawną trzeciej z podstaw odrzucenia ofert odwołującego, wobec prawidłowej oceny dwóch pierwszych podstaw faktycznych nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: