

WYROK
z dnia 11 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2014 r. przez Almax-Dystrybucja Sp. z o.o z siedzibą w Panieńszczyźnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Dom Pomocy Społecznej „Leśny” w Warszawie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę artykułów spożywczych mrożonych i przetworzonych do Domu Pomocy Społecznej Leśny, z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża Dom Pomocy Społecznej „Leśny” w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Almax-Dystrybucja Sp. z o.o z siedzibą w Panieńszczyźnie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Domu Pomocy Społecznej "Leśny" w Warszawie na rzecz Almax-Dystrybucja Sp. z o.o z siedzibą w Panieńszczyźnie kwotę 11 498 zł 52 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Dom Pomocy Społecznej „Leśny” w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę artykułów spożywczych do Domu Pomocy Społecznej "Leśny" w Warszawie.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP nr 15722-2014 z dnia 14.01.2014 r.

W dniu 22.01.2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o odrzuceniu oferty Almax-Dystrybucja Sp. z o.o z siedzibą w Panieńszczyźnie, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W dniu 27.01.2014 r. oferty Almax-Dystrybucja Sp. z o.o wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem odrzucenia jej oferty, w którym zarzucała zamawiającemu m.in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i domagała się przywrócenia jej oferty do postępowania, jako zgodnej z treścią SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania wskazano:

„[...]”

Odwołujący nie zgadza się z wynikami oceny ofert i podnosi, co następuje:

Oferta ALMAX - DYSTRYBUCJA została odrzucona z postępowania, w związku z niepodaniem przez Odwołującego gramatury oferowanego produktu w kolumnie 14 formularza cenowego. Bezsprzecznie ma w tym wypadku Zamawiający rację, jednak badając ofertę zapomniał, iż konstruując formularz cenowy żądał podania

oferowanych gramatur w kolumnie 6 " Gramatura opakowania proponowana przez Wykonawcę(jeżeli nie została określona przez Zamawiającego)", która to została przez Odwołującego skrupulatnie wypełniona. Oznacza to, iż informacje, których brakowało Zamawiającemu w kolumnie 14 miał dokładnie wskazane w kolumnie 6.

Z powyższego wynika niezbicie iż zarzuty Zamawiającego jakoby treść oferty Odwołującego nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia są całkowicie nietrafione

W istocie oferta Odwołującego zawiera wszystkie niezbędne informacje które pozwalają wybrać ją jako najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu, a ma jedynie formę inną niż wskazana przez Zamawiającego.

Błędnie podjęta decyzja o odrzuceniu oferty ALMAX-DYSTRYBUCJA Sp. z o.o. z postępowania - powoduje, iż wszystkie pozostałe decyzje prowadzące do wyboru oferty wskazanej w piśmie z dn. 22.01.2014 - muszą być unieważnione, a działania Zamawiającego wykonane powtórnie - przy uwzględnieniu oferty Odwołującego.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Według treści SIWZ, w załączniku nr 3a „Kalkulacja cenowa. Opis przedmiotu zamówienia 2014/2015”, w kolumnie 14 tabeli, należało podać: „Nazwa producenta produktu oraz gramatura oferowanego produktu”. W kolumnie 6 ww. załącznika należało podać: „Gramatura opakowania proponowanego przez Wykonawcę (jeżeli nie została określona przez zamawiającego). W niektórych pozycjach kolumny 6 zał. nr 3a do SIWZ podano gramaturę wymaganą przez zamawiającego.

Odwołujący w swojej ofercie wypełnił ww. załącznik w ten sposób, że w każdej pozycji kolumny 6 podał gramaturę oferowanego produktu, natomiast w kol. 14 żadnych informacji o gramaturze nie podał.

W zawiadomieniu z dnia 22 stycznia 2014 r. o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający wskazał, iż odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,

ponieważ „Wykonawca nie podał gramatury w żadnej pozycji 14 kolumny kalkulacji cenowej”.

Była to całość uzasadnienia faktycznego podjętej czynności.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucał odwołujący, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są

pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ewentualnie uzupełnienia lub wyjaśnienia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp (w tym próbek), potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4).

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, jednocześnie zawiadamia o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Rozpatrując i oceniając podstawy faktyczne odrzucenia oferty odwołującego wskazane przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 22 września 2014 r., Izba stwierdziła, iż nie mogą one stanowić o niezgodności treści oferty z SIWZ, ale co najwyżej o niezgodności formy oferty z wymaganą w SIWZ. Natomiast norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp do formy ofert się nie odnosi.

W świetle ustaleń Izby, oferowane przez wykonawcę gramatury produktów, których podania wymagał zamawiający, zostały przez odrzuconego wykonawcę podane w ofercie, w kolumnie 6 tabeli zał. nr 3a, co zamawiający mógł z łatwością stwierdzić i ustalić w trakcie oceny ofert.

Natomiast w odniesieniu do innych ewentualnych wad oferty, które podnosił i wskazywał zamawiający w trakcie rozprawy przed Izba, a których w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty nie podał, Izba wskazuje, iż nie mogła i nie wzięła ich pod uwagę w trakcie wyrokowania w niniejszej sprawie.

Podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i akuratne ich opisanie warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności. Wykonawcy mogą w odwołaniu sensownie podnieść zarzuty jedynie względem takich podstaw faktycznych czynności, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Nie mogą podnosić zarzutów względem powodów odrzucenia ich oferty, których mogą się jedynie domyślać lub które zamawiający podał im np. dopiero w odpowiedzi na odwołanie albo na rozprawie, a uprzednio nie raczył wyrazić (zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu). Tym samym jakiegokolwiek podstawy odrzucenia oferty, które nie zostały wyrażone bezpośrednio, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, w ramach uzasadnienia danej czynności, a podnoszone przez zamawiającego dopiero w trakcie postępowania odwoławczego, nie mogą zostać wzięte pod uwagę przy wyrokowaniu przez Izbę. Powołany przepis art. 92 ust. 1 pkt 2, w zestawieniu z regulacjami dotyczącymi środków ochrony prawnej przewidzianymi w ustawie, służy m.in. zapobieganiu takim sytuacjom, w których wykonawcy dowiadują się o stwierdzonych przez zamawiającego wadach w ich ofertach, dopiero w ramach postępowania odwoławczego, ryzykując poniesienie jego kosztów.

Uwzględniając powyższe, w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego, Izba nie orzekała o żadnych powodach odrzucenia oferty odwołującego (czyli o jej ewentualnej niezgodności z SIWZ), które nie zostały podane w uzasadnieniu czynności odrzucenia, ale były podnoszone przez zamawiającego na rozprawie.

Sprawą zamawiającego pozostaje, które z okoliczności podnoszonych na rozprawie weźmie pod uwagę przy ponownej, nakazanej mu przedmiotowym wyrokiem, ponownej ocenie ofert i jakie skutki prawne z nich wyprowadzi. Innymi słowy: czy dokonana wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, czy też odrzuci ją ponownie, jednakże z innych powodów, niż wskazane w piśmie z dnia 22.01 br.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i n. 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).

.....