

Sygn. akt: KIO 2731/15

WYROK
z dnia 29 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2015 r. przez Odwołującego „**Transbud**” **P. N., J. M. Spółka Jawna** z siedzibą w Redzie przy ul. Gdańskiej 78a, 84-240 Reda

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Toruniu**, ul. Konstytucji 3 Maja 40c, 87-100 Toruń

przy udziale

wykonawcy **Firma Handlowa „Węglopol” Z. M. – W. M. Spółka Jawna** z siedzibą w Toruniu przy ul. Olsztyńskiej 89, 87-100 Toruń, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 8 i 11 grudnia 2015 r., tj. odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Toruniu i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Transbud P.N., J.M. Sp. J. z siedzibą w Redzie, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 Zasądza od Zamawiającego – Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Toruniu na rzecz Odwołującego – Transbud P.N., J.M. Sp. J. z siedzibą w Redzie kwotę **15.000 zł. 00 gr.**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Toruniu na *zakup węgla – orzech – i dostarczenie go do miejsca zamieszkania klientów Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Toruniu, na terenie Gminy Miasta Toruń, w ilości około 1900 ton, w roku 2016*, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2015/S 202-365974 w dniu 17 października 2015 r., wobec czynności odrzucenia oferty wykonawcy Transbud P.N., J.M. Sp. J., zostało wniesione w dniu 15 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 2731/15).

Zamawiający poinformował o wynikach oceny ofert w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego pismami z dnia 8 i 11 grudnia 2015 r., doręczonymi drogą elektroniczną

Odwołujący zaskarżył czynność odrzucenia jego oferty, jako naruszającą:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i odrzucenie oferty wykonawcy w związku z uznaniem, iż treść oferty nie odpowiada treści siwz w zakresie terminu wykonania zamówienia, w sytuacji, gdy termin podany w ofercie przez wykonawcę pozostawał w zakresie określonym w siwz;
2. art. 82 ust. 3 w zw. z art. 7 Ustawy poprzez stwierdzenie, iż oferta spółki „Transbud” nie odpowiada treści siwz w zakresie terminu realizacji zamówieni;
3. art. 2 pkt 7 Ustawy poprzez uznanie, że oferta wykonawcy stanowi ofertę wariantową, w sytuacji gdy z analizy oferty jednoznacznie wynika, iż oferta przewiduje wykonanie zamówienia zgodnie z siwz.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty wykonawcy oraz powtórzenie przetargu nieograniczonego, z ostrożności, w przypadku zawarcia umowy przez Zamawiającego wniósł o unieważnienie umowy oraz nakazanie unieważnienia odrzucenia oferty i powtórzenie przetargu nieograniczonego.

W wyniku dokonanych czynności badania i oceny ofert Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przywołał szereg też z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej zawierających wytyczne dla oceny oferty pod kątem zgodności z treścią siwz, a w których wskazano między innymi na konieczność ustalenia z całą pewnością wystąpienia niezgodności, która ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny. Analiza dokumentów złożonych w postępowaniu, w ocenie Odwołującego nie pozostawia wątpliwości, iż oferta odpowiada terminom wykonania zobowiązania, w tym powołanym przez Zamawiającego pkt XII ust. 8 w zw. z pkt III, w których wskazano, iż termin wykonania dostawy powinien być wyrażony w dniach

kalendaryzacyjnych w postaci liczby całkowitej i winien być nie późniejszy niż 6 dni od dnia otrzymania zlecenia. Odwołujący w ofercie określił prawidłowo termin 2 lub 3 dni kalendarzowe od otrzymania zlecenia, mieszczący się w maksymalnym sześciodniowym okresie. Termin został określony w sposób zrozumiały, przy użyciu wskazanej przez Zamawiającego jednostki czasu. Brak było przesłanek do stwierdzenia, aby oferta była niewątpliwie niezgodna z siwz. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż na potrzeby oceny oferty w kryterium *termin dostawy* na potrzeby punktacji powinien być przyjęty okres 3 dni kalendarzowych podany przez wykonawcę, jako maksymalny do wykonania dostawy materiału do klientów MOPR. Ponadto, Odwołujący wskazał na możliwość wystąpienia przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy o wyjaśnienie treści złożonej oferty.

Odwołujący zaprzeczył możliwości przyjęcia, że oferta jaką złożył jest ofertą wariantową w rozumieniu art. 2 pkt 7 Ustawy. Za wariantową uznana może być oferta przewidująca, zgodnie z warunkami w siwz, odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia, a przede wszystkim przewidująca „użycie odmiennych, ale równoważnych materiałów, zastosowania innej technologii, dodatkowego wyposażenia lub robót zwiększających zakres zamówienia, itp.”. (G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 48*).

Stanowisko Izby

Izba na posiedzeniu niejawnym przeprowadzonym z udziałem stron w dniu 29 grudnia 2015 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała odwołanie na rozprawę. Postępowanie prowadzone jest według zasad określonych dla postępowań o wartości przekraczającej kwotę, od której uzależniony jest obowiązek publikacji ogłoszenia w publikatorze unijnym.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody. Ocena ta prowadzona jest z uwzględnieniem zakresu zarzutów oraz skutków, jakie dla Odwołującego i jego oferty wywoływać miałyby zaskarżone czynności Zamawiającego. Ponieważ zarzuty dotyczą odrzucenia oferty Odwołującego, uchybienia popełnione w tym obszarze przez

Zamawiającego oznaczałyby, iż bezpodstawnie oferta nie byłaby przedmiotem oceny, co prowadzić mogłyby do wadliwego wskazania oferty najkorzystniejszej. W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości ustalenie, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, którego ochronie służy niniejsze odwołanie, jak również może ponieść szkodę w postaci utraty korzyści z jakimi wiąże się dla tego wykonawcy pozyskanie zamówienia. Uwzględnienie odwołania prowadziłoby do konieczności powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem przywróconej do oceny oferty Odwołującego.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie, na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści siwz oraz oferty w zakresie związanym z zarzutami.

Zasadniczo zarzuty podniesione przez Odwołującego sprowadzają się do zakwestionowania prawidłowości przyjęcia przez Zamawiającego, iż oferta wykonawcy w zakresie wskazanego w niej terminu wykonania dostawy węgla do klientów nie odpowiada treści siwz, co czyni również z niej ofertę wariantową.

Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał na brzmienie zapisów siwz, w tym pkt II.3 – opis przedmiotu zamówienia – w którym określone zostało, że *po odebraniu zlecenia na opał wykonawca ma obowiązek dostarczyć węgiel do klienta nie później niż w ciągu 6 dni*. Następnie w pkt XII.8 przy opisie sposobu przygotowania oferty Zamawiający określił, że *termin dostawy powinien być wyrażony w dniach kalendarzowych w postaci liczby całkowitej*, natomiast w pkt XVI 4 i 6, przy opisie oceny w kryterium *termin dostawy* Zamawiający ustalił najkrótszy termin dostawy – jeden dzień kalendarzowy i najdłuższy – 6 dni kalendarzowych. Zamawiający do obliczenia punktów przyjęć miał termin wyrażony w pełnych dniach, przewidując 10 pkt za najkrótszy termin (jeden dzień kalendarzowy), a pozostałe punktować miał proporcjonalnie według wzoru:

najkrótszy termin dostawy (1 dzień kalendarzowy)/oferowany termin dostawy x W_t x 100 pkt, w którym W_t oznacza wagę kryterium terminu dostawy (10%).

Odwołujący w formularzu ofertowym pkt 1 zadeklarował termin dostawy *2-3 dni kalendarzowe od momentu odbioru zlecenia na opał od Zamawiającego*.

Izba ustaliła również, iż załączony do oferty projekt istotnych warunków umowy w § 3 ust. 3 zawiera postanowienie *Po odebraniu zlecenia na opał, Wykonawca ma obowiązek dostarczyć węgiel do klienta nie później, niż w ciągu dni kalendarzowych, zgodnie z*

ofertą nr złożoną w dniu

Mając na uwadze poczynione powyżej ustalenia Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, iż punkt wyjścia dla uznania oferty za niezgodną z treścią siwz w zakresie dotyczącym oświadczenia złożonego w ofercie przez wykonawcę stanowią wskazane przez Zamawiającego wymagania i wytyczne dotyczące terminu dostawy. Nie budzi wątpliwości w niniejszej sprawie, iż Zamawiający zastrzegł termin dostawy nie dłuższy niż 6 dni kalendarzowych. Jednocześnie obowiązkiem wykonawcy było określenie terminu wykonania dostawy w dniach kalendarzowych w postaci liczby całkowitej.

W oparciu o powyższe Izba uznała, iż termin wskazany w ofercie jako 2-3 dni kalendarzowe mieści się zarówno w terminie maksymalnym określonym przez Zamawiającego w wymiarze 6 dni kalendarzowych, a jednocześnie odpowiada wymaganiu wskazani dni kalendarzowych wyrażonych w pełnych dniach. W ocenie Izby zadeklarowany przez wykonawcę termin oznacza, iż wykonawca zamierza wykonać dostawę w terminie nie dłuższym niż 3 dni od otrzymania zlecenia, lub wcześniej. Do wniosku tego skłaniają przede wszystkim zasady logiki. Jeżeli bowiem wykonawca deklaruje wykonanie dostawy nie później niż trzeciego dnia, oznacza to również możliwość wykonania dostawy w drugim, czy też pierwszym dniu od otrzymania zlecenia, co w ocenie Izby oddaje prawdziwy sens oświadczeniu wykonawcy złożonemu w ofercie. Prezentowa przez Zamawiającego argumentacja jakoby wykonawca zadeklarował wykonanie dostawy w przedziale 24 godzin, tj. pomiędzy drugim a trzecim dniem od odbioru zlecenia stoi w sprzeczności z określeniem wskazującym na dni kalendarzowe, a nie na przedział czasowy od 2 do 3 dni kalendarzowych. Słusznie zatem Odwołujący wskazał, iż jego oświadczenie nie stoi w sprzeczności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do podnoszonej przez Zamawiającego przeszkody w przeprowadzeniu oceny oferty Odwołującego według ustalonych zasad oceny w kryterium termin dostawy, mającej wynikać z braku możliwości ustalenie ilości punktów, jaka miałaby być przyznana ofercie, Izba uznała, iż takowa nie występuje. W ocenie Izby, Zamawiający uprawniony jest do przyznania ilości punktów odpowiadającej zadeklarowanemu jako maksymalny termin dostawy, tj. 3 dniom kalendarzowym. Wprawdzie w oświadczeniu brak jest wskazania, że termin 3 dni jest terminem maksymalnym, to jednak wniosek taki jest uprawniony w związku z projektowanymi warunkami umownymi, w których wskazuje się, że dostawa będzie zrealizowana nie później niż w terminie zadeklarowanym przez wykonawcę, wyrażonym ilością dni kalendarzowych. Przeprowadzenie oceny oferty nie jest zatem niemożliwe i ni naruszy zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż oferta

uzyska ilość punktów, jaka mogłaby być przyznana za określony ilością dni kalendarzowych termin 3 dni (w rzeczywistości obejmujący pierwszy, jak i drugi dzień kalendarzowy).

Na zakończenie należy odnieść się do zasadności stwierdzenia Zamawiającego, iż złożona oferta jest ofertą wariantową w rozumieniu art. 2 pkt 7 Ustawy, tj. ofertą przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w siwz, odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego.

Niewątpliwie siwz nie zawiera zapisu dopuszczającego złożenie oferty wariantowej, co zostało wprost wyrażone w pkt III – *Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych*. Źródłem wariantowości oferty Odwołującego ma być deklarowany termin wykonania dostawy – 2-3 dni kalendarzowe. Należy zatem uznać, iż Zamawiający przyjął jako wariantową ofertę, w której wykonawca wskazał na możliwość wykonania dostawy nie później niż w drugim lub trzecim dniu od otrzymania zlecenia. W ocenie Izby takie wskazanie w żaden sposób nie uzasadnia stwierdzenia, że oferta ma charakter wariantowy, tj. przewidujący odmienny niż opisany przez Zamawiającego sposób wykonania dostawy. W zakresie terminu dostawy zapis siwz w sposób jednoznaczny wskazują na termin nie dłuższy niż 6 dni kalendarzowych. Oczywistym jest, iż przy takim zapisie dostawy mogą być wykonywane pomiędzy dniem otrzymania przez wykonawcę zlecenia, a szóstym dniem kalendarzowym od dnia otrzymania tego zlecenia. Tym samym deklaracja Odwołującego, iż realizować będzie dostawy w drugim lub trzecim dniu kalendarzowym nie wskazuje na odmienny sposób wykonania dostawy niż wskazany przez Zamawiającego w siwz.

Mając powyższe na względzie Izba na podstawie art. 192 ust.1 Ustawy uwzględniła odwołanie w całości i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert, która powinna być powtórzona z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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 wpis od odwołania i obciążyła nimi Zamawiającego. Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Odwołującego o obciążenie Zamawiającego kosztami strony poniesionymi w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, gdyż wysokość tych kosztów nie była możliwa do stwierdzenia z uwagi na brak rachunku, o którym mowa w § 3 pkt 2 rozporządzenia.

Przewodniczący: