

WYROK
z dnia 18 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 września 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 września 2017 r.** przez wykonawcę: **I.Z.**, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AG-MAR Engineering I.Z., Czersk Świecki 84, 86-131 Jeżewo**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Świecie, ul. Wojska Polskiego 124, 86-100 Świecie**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia
 - 1.2. ponowne przedstawienie pełnego uzasadnienia odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego wykonawcę: **I.Z.**, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AG-MAR Engineering I.Z., Czersk Świecki 84, 86-131 Jeżewo**.
2. Oddala zarzuty naruszenia przez zamawiającego:
 - a) art. 186 § 2 in fine Pzp przez nieuwzględnienie w dalszym postępowaniu wszystkich żądań odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 7 sierpnia 2017r. (sygn. KIO 1635/17),
 - b) art. 86 ust. 3 Pzp przez nie podanie bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia,
 - c) art. 86 ust. 5 pkt. 1 i 3 Pzp przez sporządzenie i publikację informacji z otwarcia ofert zawierającej dane niezgodne i sprzeczne z treścią protokołu postępowania w zakresie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

1

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Gminę Świecie, ul. Wojska Polskiego 124, 86-100 Świecie**,

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **I.Z.**, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AG-MAR Engineering I.Z., Czersk Świecki 84, 86-131 Jeżewo**, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego: **Gminy Świecie, ul. Wojska Polskiego 124, 86-100 Świecie**, na rzecz odwołującego: **I.Z.**, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AG-MAR Engineering I.Z., Czersk Świecki 84, 86-131 Jeżewo**, kwotę **11 242,00 zł** (słownie: jedenaście tysięcy dwieście czterdzieści dwa złote zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wpisu, zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Bieżąca konserwacja/naprawa urządzeń oświetleniowych na majątku Gminy Świecie”

ogłoszonym w BZP dnia 17 maja 2017r. pod nr 510062-N-2017, o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, w dniu 6 września 2017 r. zostało wniesione w postaci pisemnej odwołanie przez wykonawcę: I.Z., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AG-MAR Engineering I.Z. (dalej zwaną także „odwołującym”). W kopii odwołanie przekazano zamawiającemu w dniu 5 września 2017 r.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 6 września 2017 r. przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ustawy Pzp nie złożył żaden wykonawca.

Odwołanie wniesiono wobec niezgodnych z prawem czynności i zaniechań zamawiającego, tj.:

1. odrzucenia oferty odwołującego dokonanej dnia 1 września 2017r.;
2. wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum Elperia Sp. z o.o. Sp. k. oraz D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELDAX dokonanej dnia 1 września 2017r.,

3. bezpodstawnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp,

4. zaniechania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, do czego zamawiający był zobowiązany na mocy przepisów Pzp oraz postanowień SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Gminie Świecie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej „ustawą Pzp,” które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj.:

Zarzut III. (1) naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie i poprawienie w ofercie odwołującego rzekomej tzw. „innej omyłki”;

Zarzut III. (2) naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy uprzednio zamawiający dokonał bezprawnego poprawienia rzekomej „innej omyłki” w jego ofercie;

3

Zarzut IV.(3) naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp przez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu (odwołującego) nie przewyższa kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;

Zarzut V.(4) naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasady przejrzystości;

Zarzut I. (5) naruszenia art. 186 § 2 *in fine* Pzp przez nieuwzględnienie w dalszym postępowaniu wszystkich żądań odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 7 sierpnia 2017r. (sygn. KIO 1635/17), zwłaszcza nieuwzględnienia oferty odwołującego przy ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy zamawiający uwzględnił to odwołanie w całości;

Zarzut II. (6) naruszenia art. 86 ust. 3 Pzp przez nie podanie bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (od momentu zawarcia umowy do końca roku 2020), lecz „120 000,00 brutto w roku 2017r.”, co stoi w sprzeczności z treścią protokołu postępowania oraz notatki służbowej z dnia 27 marca 2017r. z ustalenia wartości szacunkowej zamówienia,

Zarzut II. (7) naruszenia art. 86 ust. 5 pkt. 1 i 3 Pzp przez sporządzenie i publikację informacji z otwarcia ofert zawierającej dane niezgodne i sprzeczne z treścią protokołu postępowania w zakresie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego dokonanej dnia 1 września 2017r.;
2. unieważnienie czynności zamawiającego, tj. wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum Elperia Sp. z o.o. Sp. k. oraz D.W. z dnia 1 września 2017r.;

postępowania o

zamówienia publicznego z dnia 1 września 2017r.;

4. nakazanie zamawiającemu ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu spośród ważnych ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. przy uwzględnieniu w tej czynności oferty odwołującego;

5. stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wskazanych wyżej norm,

6. przeprowadzenie dowodu z dokumentów, tj.:

4

a) pełnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego pn. „Bieżąca konserwacja i naprawa urządzeń oświetleniowych na majątku Gminy Świecie” ogłoszony w BZP dnia 17 maja 2017r. pod nr 510062-N-2017;

b) akt sprawy odwoławczej sygn. akt: KIO 1635/17;

7. Orzeczenie o zwrocie odwołującemu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł, na podstawie załączonej do niniejszego odwołania faktury - rachunku w rozumieniu § 3 ust. 2

Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania z dnia 15 marca 2010 r. (Dz. U. Nr 41, poz. 238);

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp przysługuje mu legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Ubiega się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, w którym aktualnie (po odrzuceniu przez zamawiającego oferty wykonawcy A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO - TECH A.N., zgodnie z żądaniem odwołania z dnia 7 sierpnia 2017r., uwzględnionego w całości przez zamawiającego w sprawie, sygn. akt: KIO 1635/17) - złożył najkorzystniejszą ofertę pod względem łącznej punktacji, przyznanej na podstawie kryteriów oceny ofert ustalonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - jednocześnie przy zakwestionowaniu czynności - odrzucenia oferty odwołującego, z czego wywodził narażenie na poniesienie szkody w postaci utraty możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Zarzut I (5) naruszenia art. 186 § 2 *in fine* Pzp przez nieuwzględnienie w dalszym postępowaniu wszystkich żądań odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 7 sierpnia 2017r. (sygn. KIO 1635/17), zwłaszcza nieuwzględnienia oferty odwołującego przy ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy zamawiający uwzględnił to odwołanie w całości.

Odwołujący utrzymywał, że zamawiający sprzecznie z normą z art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp i nie wykonał, powtórzył lub unieważnił czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, lecz zadziałał inaczej (np. unieważnił postępowanie albo odrzucił ofertę odwołującego). W przywołanych zaniechaniach i czynnościach zamawiającego odwołujący upatrywał swego uprawnienia do skorzystania ze środków zaskarżenia, w tym także wniesienia odwołania, również na te czynności.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym, jeżeli:

5

- „*odwołanie zostało pierwotnie uwzględnione jest legitymowany do ponownego skorzystania ze środka ochrony prawnej, inicjującego postępowanie odwoławcze mające na celu weryfikację zgodności z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) tych czynności zamawiającego, które stoją w sprzeczności z żądaniami zawartymi w uprzednio uwzględnionym odwołaniu*”. Wyrok sygn. akt: KIO 2225/14 z 07.11.2014 r.

- „*jeśli podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności zamawiającego są sprzeczne z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez niego odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawnienie do zaskarżenia*

tych czynności i ich weryfikacji przez Krajową Izbę Odwoławczą w ramach postępowania odwoławczego". Wyrok sygn. akt: KIO 2480/13 z 05.11.2013 r.

- „Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uczynić zadość wszystkim żądaniom odwołującego, a skoro tego nie uczynił, to nowe i powtórzone czynności podlegają ponownej ocenie przed Krajową Izbą Odwoławczą, w ramach uprawnień wykonawcy do złożenia nowego środka ochrony prawnej w postaci odwołania”. Wyrok sygn. akt: KIO 1702/15 z 18.08.2015 r.

Uwzględnienie odwołania w całości jest jednoznaczne z uznaniem za zasadne żądań zgłoszonych w odwołaniu. A contrario, jeżeli:

- „zamawiający nie ma zamiaru respektować żądań zawartych w odwołaniu, nie powinien uwzględniać zarzutów, lecz wdać się w spór z wykonawcą co do żądań, których spełnienie uważa za nierealne”. Wyrok sygn. akt: KIO 2028/12, Wyrok sygn. akt: KIO 2270/11 r.

- „odstąpienie od obowiązku zrealizowania żądań zawartych w odwołaniu jest możliwe jedynie wówczas, gdy zgłoszone żądanie jest niemożliwe do realizacji bądź też jest niezgodne z prawem” Wyrok sygn. akt: KIO 2270/11 z dnia 04.11.2011 r.

W przekonaniu odwołującego, żądania zawarte w poprzednim odwołaniu były realne do spełnienia i zgodne z ustawą Pzp, w tym w szczególności poprzez uwzględnienie oferty odwołującego przy ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, a nie jej odrzucenie, co odwołujący poczytał za stojące w oczywistej sprzeczności z żądaniem odwołania z dnia 7 sierpnia 2017r.

Zarzut II (6) naruszenia art. 86 ust. 3 Pzp przez nie podanie bezpośrednio przed otwarciem oferty kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (od momentu zawarcia umowy do końca roku 2020), lecz „120 000,00 brutto w roku 2017r.”, co stoi w sprzeczności z treścią protokołu postępowania oraz notatki służbowej z dnia 27 marca 2017r. z ustaleniem wartości szacunkowej zamówienia.

6

Zarzut II (7) naruszenia art. 86 ust. 5 pkt. 1 i 3 Pzp przez sporządzenie i publikację informacji z otwarcia ofert zawierającej dane niezgodne i sprzeczne z treścią protokołu postępowania w zakresie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający dokumentację przetargową, w tym SIWZ z załącznikami umieścił na własnej stronie internetowej. Wartość zamówienia zamawiający oszacował na kwotę 390 243,91 zł netto. Okres realizacji zamówienia określono od dnia zawarcia umowy do dnia 31 grudnia 2020 r. Otwarcie ofert miało miejsce dnia 25 maja 2017r. Bezpośrednio przed otwarciem oferty zamawiający poinformował, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia wynosi „120 000,00 brutto w roku 2017r.” Taką też informację zmieścił w opublikowanej na stronie WWW w informacji z otwarcia ofert.

W opinii odwołującego, zamawiający dopuścił się szeregu naruszeń ustawy Pzp również w obszarze wskazania kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, co z jednej strony rodziło ujemne konsekwencje w sferze interesów wykonawców biorących udział w postępowaniu, z drugiej strony zostało przez zamawiającego intencjonalnie wykorzystane w celu nieuprawnionego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Z treści protokołu postępowania (pkt 2.4) oraz załącznika do protokołu w postaci notatki służbowej z dnia 27 marca 2017r. wynika, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 390 243,91 zł netto (bez podatku VAT) na podstawie kosztów bieżącego wykonania analogicznej usługi. Zamawiający przewidział ponad trzyletni okres realizacji zamówienia (od zawarcia umowy do 31 grudnia 2020r. - pkt 4 SIWZ). Tymczasem w toku otwarcia ofert zamawiający podał inną kwotę, zupełnie oderwaną od wcześniejszych wyliczeń - „120 000,00 brutto w roku 2017r.” Podkreślił, że zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający zobowiązany jest podać kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (w domyśle całego zamówienia). Tymczasem, podana przez zamawiającego w toku otwarcia ofert kwota „120 000,00 brutto w roku 2017r.” nie odpowiada zarówno szacowanej wartości całego zamówienia, jak i kwoty którą realnie zamawiający ma zamiar przeznaczyć na jego sfinansowanie.

Zarzut III (1) naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie i poprawienie w ofercie odwołującego rzekomej tzw. „innej omyłki”;

Zarzut III (2) naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy uprzednio zamawiający dokonał bezprawnego poprawienia rzekomej „innej omyłki” w jego ofercie.

Zdaniem odwołującego w toku pierwotnego badania ofert komisja przetargowa, po uprzednim uzyskaniu wyjaśnień wykonawców, w tym odwołującego - w piśmie z dnia 1

7

czerwca 2017r., uznała że wszystkie złożone oferty są zgodne z Pzp oraz postanowieniami SIWZ i nie podlegają odrzuceniu.

Następnie zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO - TECH A.N. jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

M.in. powyższą czynność zamawiającego zakwestionował odwołujący - najpierw w informacji złożonej w trybie art. 181 ust. 1 Pzp, a następnie w odwołaniu z dnia 7 sierpnia 2017r.

Zamawiający uwzględnił przedmiotowe odwołanie w całości, wskutek czego KIO umorzyła postępowanie odwoławcze (sygn. KIO 1635/17).

Odwołujący przyznał, że zamawiający, zgodnie z żądaniem odwołania unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucił ofertę wykonawcy A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO - TECH A.N..

Jednocześnie pismem z dnia 25 sierpnia 2017r. zamawiający poinformował odwołującego, że dokonał poprawienia złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co spowodowało zmianę jej ceny z 56 872,74 zł do 114 067,74 zł. Zamawiający wyjaśnił, że korekty dokonał w oparciu o te same wyjaśnienia odwołującego z dnia 1 czerwca 2017r., które według odwołującego - uprzednio ocenił zupełnie odmiennie (nie zmieniając ceny złożonej oferty), co uznał za naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego, jego oferta jest zgodna z SIWZ i odpowiada wymaganiom zamawiającego. Odwołujący przyznał, że nie wyraził zgody na dokonaną korektę, jednocześnie poinformował zamawiającego w trybie art. 181 ust. 1 Pzp o podjętych przez niego czynnościach niezgodnych z prawem.

W konsekwencji pismem z dnia 1 września 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przetargu, w tym że odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że w toku prowadzonego postępowania, zamawiający dopuścił się szeregu naruszeń ustawy Pzp. Część tych uchybień zamawiający konwalidował realizując niektóre żądania odwołującego zawarte w odwołaniu z dnia 7 sierpnia 2017r., które zamawiający uwzględnił w całości. Zdaniem odwołującego równocześnie zamawiający dokonał bezprawnych czynności, które wymagają ponownego skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. Odwołujący podnosił, że w pkt. 10.2.3 SIWZ zamawiający postanowił, że „dokumenty przygotowywane samodzielnie przez wykonawcę na podstawie wzorów stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ powinny mieć formę wydruku komputerowego, maszynopisu lub uzupełnionych ręcznie dokumentów oraz odpowiadać co

8

do treści wzorom załączonym do SIWZ". Ponadto, zgodnie z pkt. 10.3.1 i 2 SIWZ na zawartość oferty składa się: wypełniony i podpisany Formularz ofertowy - zgodnie z załącznikiem nr 1A do SIWZ oraz wypełniony i podpisany Kosztorys ofertowy - zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ. W pkt 12.1 SIWZ zamawiający wskazał, że „ceną oferty jest cena brutto ogółem zawarta w Formularzu oferty i taka zostanie przyjęta do porównania ofert". Z kolei z pkt. 12.2 SIWZ wynika, że „Do porównania ofert Zamawiający przyjmie ryczałtową cenę miesięczną (Tabela nr 1 pkt 1 formularza oferty) oraz sumę prac jednorazowych (dla których obowiązuje opłata wynikowa), punkty 1, 2, 7, 16-19, 25, 38- 40, 42, 47, 48, 50 określone za ilości sztuk wskazane w Tabeli nr 2 formularza oferty, pozostałe ceny za czynności jednorazowe (za wyjątkiem punktów 1, 2, 7, 16-19, 25, 38- 40, 42, 47, 48, 50) za 1 szt. - tabela nr 1 pkt II formularza oferty". W SIWZ zamawiający zażądał, aby w Tabeli B formularza ofertowego pod poz. 7 Wykonawcy wskazali cenę za „komplet" za grupową wymianę źródeł światła z konserwacją opraw (powyżej 30 szt.).

Odwołujący zaznaczał, że w ofercie wskazał wartość 310,00 zł netto, 71,30 zł podatek VAT, 381,30 zł brutto. Konsekwentnie, w tabeli nr 2, zgodnie z SIWZ, przemnożył te wartości przez 5 szt. - kompletów rozumianych jako grupowa wymiana źródeł światła z konserwacją opraw. Te wartości przyjął do ceny brutto ogółem (do porównania ofert) w tabeli nr 2 formularza oferty.

Odwolujący powtarzał to samo, co powyżej, że zamawiający nie kwestionował prawidłowości obliczenia ceny i zgodności treści jego oferty z SIWZ na etapie sporządzenia informacji z otwarcia ofert. W dalszym toku czynności, zamawiający poprosił odwołującego o wyjaśnienie poz. 7 w Tabeli B. W wyjaśnieniach z dnia 1 czerwca 2017r. odwołujący tłumaczył, że cena jednostkowa w poz. 7 dotyczy 1 kompletu pow. 30 szt.

Zdaniem odwołującego zamawiający uznał te wyjaśnienia za wiarygodne i wystarczające, do badania i oceny ofert przyjął wartości wskazane w jego ofercie.

W szczególności odwołujący założył, że zamawiający uznał jego ofertę za niepodlegającą odrzuceniu - czyli za zgodną z SIWZ i ustawą Pzp. Podnosił, że ważności omawianej oferty oraz jej zgodności z SIWZ zamawiający nie kwestionował również w toku poprzedniego postępowania przed KIO. Wskazywał, że zamawiający nie odrzucił ofert innych wykonawców, którzy wypełnili tabele w formularzu oferty wg schematu tożsamego jak odwołujący. Dla przykładu wykonawca, którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą (konsorcjum Elperia Sp. z o.o. Sp. k. oraz D.W.), dla tych wartości podał kwotę 455,00 zł netto, 104,65 zł VAT, 559,65 zł brutto (Tabela B formularza ofertowego). Według identycznego schematu jak odwołujący, w tabeli nr 2, zgodnie z SIWZ, wykonawca

9

ten przemnożył te wartości przez 5 szt. - kompletów rozumianych jako grupowa wymiana źródeł światła z konserwacją opraw (455,00 x 5 = 2 275,00 zł netto, 2 798,25 brutto).

Po uwzględnieniu odwołania odwołującego, poza wykonaniem części czynności zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania, zamawiający pismem z dnia 25 sierpnia 2017r. poinformował j/n: *„Komisja ponownie przeanalizowała wyjaśnienia wykonawców dotyczące treści złożonych ofert tj. wyjaśnienia dotyczącego podania ceny jednostkowej w pozycji nr 7 - tabeli B formularza ofertowego, dotyczącej prac jednorazowych w cenach jednostkowych, a dokładnie uszczegółowienia, czy podana cena dotyczy wymiany źródła światła z konserwacją opraw dla jednej sztuki, czy dla kompletu - powyżej 30 szt. W przypadku dokonania wyceny dla ilości większej niż 1 szt. proszono o podanie dla jakiej ilości została dokonana wycena. Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienie jako omyłki „inne” polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, a niepowodujące istotnych zmian w treści oferty zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zmianami). W konsekwencji zmianie uległa cena do porównania ofert, która wynosi 114.067,74 zł brutto i taka zostanie przyjęta jako ostateczna.”*

Odwolujący argumentował, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający poprawia w ofercie tzw. inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Uznał czynność zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2017r. polegającą na dokonaniu poprawienia „rzekomej” omyłki w jego ofercie za niezgodną z prawem, jako że nie istniały okoliczności umożliwiające zamawiającemu jej dokonanie.

Zaprzeczał, aby jego oferta zawierała omyłki, uznał że została sporządzona zgodnie z wymogami SIWZ i nie zawiera żadnej omyłki, pisarskiej, ani rachunkowej, ani też jakiegokolwiek innej. Powoływał się na opracowanie Formularza oferty stanowiącego odpowiednik Załącznika nr 1A do SIWZ, gdzie zamawiający wskazał - jak ma wyglądać oferta, zaś w pkt 12 SIWZ określił jaka wartość uważana będzie za cenę oferty wziętą pod uwagę przy badaniu i ocenie ofert, do czego się dostosował.

Powołał się na orzecznictwo, że: *„istotnym w kontekście powołanego przepisu art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164) jest też to, że stwierdzona przez zamawiającego niezgodność w treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia musi być wynikiem omyłki wykonawcy. Niezgodność ta nie może wynikać ze świadomego działania wykonawcy - w takim bowiem przypadku traci ona przymiot omyłki, a tym samym nie może zostać*

10

poprawiona w trybie określonym powołanym przepisem ustawy”. Uchwała KIO sygn. akt: KIO/KD 82/13 z 10.09.2013 r.

Odwolujący uporczywie powtarzał, że jego oferta jest bezbłędna, czego zamawiający uprzednio nie kwestionował. Przytoczył tezę z Uchwały KIO sygn. akt: KIO/KD 82/13 z

10.09.2013 r., że: „*oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji*”.

Ponawiał argumentację, że zamawiający przez opracowanie Formularza oferty stanowiącego Załącznik nr 1A do SIWZ wskazał jak ma wyglądać oferta, zaś w pkt 12 SIWZ określił jaką wartość uważana będzie za cenę oferty wziętą pod uwagę przy badaniu i ocenie ofert, a jako wykonawca do warunków stawianych w SIWZ się zastosował.

Przytoczył też z wyroku sygn. akt: KIO 841/14 z dnia 09.05.2014 r. że „*możliwość poprawy drobnych błędów nie ma charakteru nieograniczonego. Omyłka musi być jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości, a ponadto musi wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełniania. Zamawiający nie jest uprawniony do domniemywania jaka jest rzeczywista treść złożonej oferty*”.

Tymczasem w niniejszej sprawie, według odwołującego, zamawiający dokonał poprawienia „rzekomej” omyłki nie w treści samej oferty z dnia 24 maja 2017r., lecz dopiero w treści wyjaśnień odwołującego, co uznał za sprzeczne z normą art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W przekonaniu odwołującego, z istoty omyłki wynika, że jej źródłem może być tylko i wyłącznie oferta, a nie późniejsze wyjaśnienia wykonawcy. Zaznaczał, że stwierdzona przez zamawiającego niezgodność jego oferty z SIWZ nie ma charakteru omyłki, a „poprawienie” oferty przez zamawiającego prowadzi do istotnej zmiany w jej treści, tj. zwiększenia ceny oferty o ok. 100% (z 56 872,74 zł do 114 067,74 zł). Zmiana ta była na tyle istotna, że na skutek działań zamawiającego oferta odwołującego - po zmianie nie była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zaznaczał, że gdyby uznał, że zamawiający w sposób niezgodny z jego wolą ocenił i odczytał ofertę i wyjaśnienia z dnia 1 czerwca 2017r., to już wtedy kwestionowałby cenę oferty - uwzględnioną przez zamawiającego przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednakże od otwarcia ofert (25 maja 2017r.), podania ceny oferty odwołującego w informacji z otwarcia ofert (25 maja 2017r. - 56 872,74 zł), przez pierwsze rozstrzygnięcie przetargu (1 sierpnia 2017r.) aż do informacji o korekcie oferty z dnia 25 sierpnia 2017r. zamawiający cały czas klasyfikował ofertę odwołującego, jako z ceną 56 872,74 zł - zgodnie z zamiarem odwołującego. Dopiero po trzech miesiącach od złożenia oferty, zamawiający stwierdził, że oferta odwołującego została złożona z błędem.

11

Odwołujący podtrzymał, że celowo, wypełnił tak, a nie inaczej formularz oferty, dając zamawiającemu pewność co do tego faktu w drodze wyjaśnień.

Dodatkowo zarzucał, że sama czynność poprawienia rzekomej omyłki w ofercie została dokonana w sposób nierzetelny. Mianowicie z zawiadomienia z dnia 25 sierpnia 2017r. nie wynika z jakiego powodu zamawiający uznał ofertę (a w istocie złożone wyjaśnienia) za niezgodne z SIWZ, które wielkości i w jaki sposób zostały wadliwie oszacowane przez odwołującego.

Zarzucał, że zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób dokonał korekty oferty odwołującego, jakie ceny jednostkowe uznał za prawidłowe, jakie przyjął w toku badania i oceny ofert. Zamawiający nie wskazał toku rozumowania, który doprowadził go do ustalenia ceny w ofercie odwołującego na kwotę 114 067,74 zł brutto.

Zaznaczył, że „*ze względu na obowiązek działania zamawiającego z należytą starannością również i tutaj zamawiający musi wskazać podstawy do takiej, a nie odmiennej poprawy tej innej omyłki*”. Wyrok sygn. akt: KIO 784/16 z dnia 31.05.2016 r.

Podkreślał, że istotą tzw. innej omyłki jest stan niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co oznacza istnienie dysonansu pomiędzy oczekiwaniami zamawiającego, a oświadczeniem woli wykonawcy, mającym stanowić niejako odpowiedź na te oczekiwania. Zamawiający nie wskazał z jakim postanowieniem SIWZ oferta odwołującego jest sprzeczna. W orzecznictwie podkreśla się, że „*niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych), 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/potwierdzenie zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w SIWZ), a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym*

konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ". (Wyrok sygn. akt: KIO 749/16 z dnia 23.05.2016 r.)

W świetle przytoczonego orzecznictwa odwołujący uznał, że kwestionowane czynności zamawiającego są nieskuteczne i bezprawne.

Podnosił, że zamawiający w toku niniejszego postępowania po raz drugi nieprawidłowo zastosował art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, przy czym za pierwszym razem

12

uwzględnił odwołanie odwołującego, dokonał sanacji popełnionych błędów i odrzucił ofertę innego wykonawcy, którą uprzednio w sposób nieuprawniony korygował.

Podsumowując tę część rozważań, odwołujący sugerował, że zamawiający w sprzeczności z normą wynikającą z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp „poprawił” rzekomą omyłkę w jego ofercie, co było czynnością intencjonalną ukierunkowaną na nieuprawnioną możliwość skorzystania przez zamawiającego z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, tj. odrzucenia oferty odwołującego.

Powołał się na orzecznictwo, zgodnie z którym: „art. 89 ust 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć zastosowanie tylko w przypadku prawidłowego poprawienia przez zamawiającego omyłek w ofercie wykonawcy i braku zgody wykonawcy na tę czynność - wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędów zamawiającego.” Dalej KIO wyjaśnia, że: „przepis art. 89 ust 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w sytuacji, gdy wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłek w złożonej ofercie. Jednakże przesłanka do odrzucenia oferty na ww. podstawie nie zaistnieje, jeżeli błędna jest czynność poprawienia omyłek dokonana przez zamawiającego. Za nieuprawnioną należy uznać sytuację, w której zamawiający na skutek własnych błędów dokonał poprawy oferty wykonawcy i wobec stanowiska wykonawcy o zgodności oferty z treścią dokumentacji projektowej opracowanej przez zamawiającego, ofertę tę odrzucił.” (Wyrok sygn. akt: KIO/UZP 94/10 z dnia 02.03. 2010 r.)

Zarzut IV (3) naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp przez unieważnienie postępowania w sytuacji gdy cena najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu (odwołującego) nie przewyższa kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący podnosił, że za najkorzystniejszą ofertę złożoną w postępowaniu zamawiający uznał ofertę konsorcjum Elperia Sp. z o.o. Sp. k. oraz D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELDAX z ceną 73 556,38 zł. Zamawiający unieważnił jednak postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako że jego zdaniem „roczna kwota oferty wynosi 147 600,00 zł brutto na rok”, a „Zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia przeznaczył kwotę w wysokości 120 000,00 zł na rok”.

Za dowód na arbitralne i intencjonalne, oderwane od treści Pzp interpretowanie przez zamawiającego instytucji szacunkowej wartości zamówienia oraz kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na jego sfinansowanie przyjął odwołujący uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający oświadczył, że podstawą unieważnienia jest przekroczenie przez [wadliwie wybraną] ofertę najkorzystniejszą konsorcjum Elperia Sp. z o.o. Sp. k. oraz D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELDAX kwoty 120 000 zł na rok, gdyż cena ryczałtowa tej oferty wynosi 147 000,00 zł rocznie (ta sama cena

13

ryczałtowa wg oferty odwołującego wynosi 51 660,00 zł na rok - 12 x 3 500,00 zł netto, 4 305,00 zł brutto - z VAT).

Tymczasem:

- po pierwsze, zamawiający oszacował budżet zamówienia na kwotę 390 243,91 zł netto (ok. 480 000 zł z podatkiem VAT), a nie na kwotę 120 000,00 zł, przy jednoczesnej cenie oferty konsorcjum Elperia 73 556,38 zł (przy czym cena oferty odwołującego wynosić powinna 56 872,74 zł).

- po drugie, zamawiający odniósł cenę oferty do budżetu na rok 2017, podczas gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie mogła być zawarta najwcześniej od października 2017r. (zatem budżet na 2017r. nie będzie konsumowany przez 12 miesięcy, ale co najwyżej przez 3 miesiące).

W okolicznościach niniejszej sprawy unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego - nie przewyższa kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia stanowi w przekonaniu odwołującego naruszenie instytucji unormowanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. „Zamawiający nie może unieważnić postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), jeżeli cena najkorzystniejszej oferty jest niższa niż kwota podana podczas otwarcia ofert”. (Wyrok sygn. akt: KIO 1582/12 z 06.08.2012 r.), jednocześnie zaś „unieważnienie postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych może podlegać weryfikacji w przypadku skorzystania przez wykonawcę z prawa do wniesienia środków ochrony prawnej. Na zamawiającego został więc nałożony obowiązek zawiadomienia wykonawców o przyczynach unieważnienia postępowania. W zawiadomieniu tym nie wystarczy podać tylko podstawy prawnej. Niezbędne jest też dokładne poinformowanie o okolicznościach faktycznych, wyczerpujących przesłankę zawartą w powyższym przepisie” (Wyrok sygn. akt: KIO 1582/12 z 06.08.2012 r.).

Odwołujący podnosił, że nie tylko sama czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania, ale również jej uzasadnienie są sprzeczne z art. 93 ust. 1 pkt 3 Pzp, ale także nie czynią zadość przytoczonym powyżej dyrektywom co do jej uzasadnienia.

Odwołujący przytoczył obszerny poniższy fragment ze swego poprzedniego odwołania z dnia 7 sierpnia 2017 r., przywoływał okoliczność, że podczas jawnej części otwarcia ofert komisja przetargowa wbrew dyspozycji art. 86 ust. 4 Pzp nie podała ceny zawartej w ofercie wykonawcy A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ELEKTRO - TECH A.N.. Powodem tego stanu rzeczy był brak w ofercie wykonawcy odpowiednika str. 2, 3, 4, i 5 Formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 1A do SIWZ. Tym samym wykonawca ten nie wskazał w ofercie danych niezbędnych do porównania ofert

14

w sposób szczegółowo żądany przez zamawiającego w pkt 12 SIWZ. Przede wszystkim oferta tego wykonawcy nie zawierała wypełnionej Tabeli nr 2 na str. 5 formularza oferty, a wykonawca nie podał „ceny brutto ogółem (do porównania ofert)”. W okolicznościach niniejszej sprawy nie zachodziły okoliczności z art. 87 ust. 2 Pzp umożliwiające zamawiającemu dokonanie samodzielnej poprawy oferty. Opisany błąd wykonawcy A.N., jak podnosił odwołujący, nie stanowił ani oczywistej omyłki pisarskiej czy rachunkowej. Nie uznał za inną oczywistą omyłkę - niegodność z SIWZ. Stwierdził, że taka wada oferty nie podlega konwalidacji na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż zawsze będzie powodować istotne zmiany w treści oferty - z oferty bez wskazania ceny, co jest sprzeczne z Pzp, stanie się ofertą z ceną. Odwołujący podnosił, że komisja przetargowa samodzielnie obliczyła cenę w ofercie wykonawcy A.N., wypełniając wartości jednostkowe, a następnie sumując pozycje wyszczególnione w tabeli nr 2 na str. 5 Formularza ofertowego. Tym samym zamawiający naruszył normę art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp, zgodnie z którą niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty, z zastrzeżeniem poprawienia oczywistych pomyłek. Uznał, że komisja przetargowa stworzyła za skarżonego wykonawcę najistotniejszą część oferty, podczas gdy konstruowanie treści oferty jest wyłączną domeną wykonawcy. Podczas gdy wykonawca A.N. nie wskazał ceny oferty, komisja samodzielnie ją oszacowała i uwzględniła w opublikowanej informacji z otwarcia ofert. Odwołujący nie zaprzeczał, że powyższych względów oferta tego wykonawcy została odrzucona przez zamawiającego, zatem wadliwe czynności zostały uchylone.

Jednocześnie stwierdził, że w postępowaniu podano nieprawdziwą informację co do kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W ten sposób zamawiający sporządził i opublikował informację z otwarcia ofert zawierającą dane niezgodne i sprzeczne z treścią protokołu postępowania i złożonymi ofertami, co jest sprzeczne z normą art. 86 ust. 5 pkt. 1 i 3 Pzp.

Zarzut V (4) naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasady przejrzystości.

Odwołujący zaznaczał, że w przypadku wykonawcy konsorcjum Elperia Sp. z o.o. Sp. k. oraz D.W., zamawiający nie dokonał korekty jego oferty, lecz przyjął za prawidłowy sposób jej obliczenia, mimo że był taki sam jak zastosowany w ofercie odwołującego. Takie działanie zamawiającego uznał za naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców.

Różnicę w wycenie tego elementu oferty odwołujący ocenił jako niewielką i rynkową. Stwierdził, że prawdopodobnie tańsza wycena oferty (pozycji) oferty odwołującego wynika z

15

faktu, że dysponuje ona własnym specjalistycznym sprzętem i wykwalifikowaną kadrą, tj. odpowiednimi podnośnikami wraz z przeszkolonymi operatorami.

Po raz kolejny podnosił, że rzekomą niezgodność oferty odwołującego z SIWZ zamawiający dostrzegł dopiero po powtórным badaniu oferty, tylko i wyłącznie w ofercie odwołującego. Takie działanie zamawiającego uznał za wybiórczą i nierówną ocenę ofert i wyjaśnień składanych przez poszczególnych wykonawców - za złamanie norm wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp, stanowiące naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasady przejrzystości postępowania.

Kończąc wyjaśnił, że posiadanych przez niego informacji wynika, że oferta odwołującego pozostała jedyną ważną w postępowaniu, jako że inni wykonawcy nie przedłużyli okresu związania swymi ofertami. Stąd odwołujący nie wskazał innych wykonawców jako uczestników niniejszego postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 września 2017 r. podał, jak niżej.

Ze względu na znaczne różnice w wycenie poz. 7 w tabeli B Formularza ofertowego, dotyczącego grupowej wymiany źródeł światła (powyżej 30 szt.) cena za 1 komplet, które wynosiły: oferta 1 - odwołującego - 381, 30 zł brutto, pozostałe oferty w granicach od 123,00 zł do 4182,00 zł brutto, powziął wątpliwości co do sposobu wyceny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że w SIWZ: „*niefortunnie określił, że komplet, to ilość powyżej 30 sztuk.*” Przyjął zatem na etapie oceny ofert, że komplet to 31 sztuk i wyliczył, że wycena poz. 7 w tabeli B Formularza ofertowego, dotyczącego grupowej wymiany źródeł światła w ofercie odwołującego powinna wynosić 11.820,30 zł. brutto. Pozostałych nieodrzuconych ofert odpowiednio: 559,65 zł i 2 592,84 zł. Na tejże podstawie zamawiający oświadczył, że cena do porównania ofert - w przypadku oferty odwołującego - winna wynosić 114 067,74 zł.

W toku rozprawy zamawiający powołał się na okoliczność, że odwołujący, oprócz wyjaśnień z dnia 1 czerwca 2017 r. złożonych na wezwanie, udzielił z własnej inicjatywy dalszych wyjaśnień z dnia 8 czerwca 2017 r., o których nie pisał w odwołaniu, w odniesieniu do wyceny poz. 7 w tabeli B Formularza ofertowego, dotyczącego grupowej wymiany źródeł światła, które to wyjaśnienia pozostawały niespójne. Ponadto nie korygował ceny oferty konsorcjum Elperia Sp. z o.o. Sp. k. oraz D.W., gdyż przyjął za prawidłowy sposób jej obliczenia, w oparciu o jednoznaczne wyjaśnienia tego wykonawcy, że cena jednostkowa w poz. 7 dotyczy kompletu liczącego 31 sztuk wymiany źródeł światła wraz z konserwacją opraw. Odwołujący natomiast zmienił swoje pierwotne wyjaśnienia i w piśmie z dnia 8 czerwca 2017 r. podał wbrew dyspozycji SIWZ, i treści złożonej oferty, że cena jednostkowa w tabeli B Formularza ofertowego, dotycząca grupowej wymiany źródeł światła w poz. 7 w

16

kwocie Formularza ofertowego - 381, 30 zł brutto, dotyczy „jednej sztuki,” a nie „jednego kompletu (zawierającego 31 sztuk).

Zamawiający powołał się na okoliczność, że odwołujący nie wyraził zgody na poprawienie złożonej oferty, co skutkowało koniecznością odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przyznając jednocześnie, że odwołujący przedłużył okres związania ofertą.

Zamawiający uznał, że cena oferty konsorcjum Elperia Sp. z o.o. Sp. k. i D.W., jaką przyjął za najkorzystniejszą - przekracza jego budżet roczny w kwocie 120 000,00 zł, liczony jako wartość szacunkowa zamówienia 390 243,91 zł - na cztery lata, dzielona więc przez cztery, co daje (z uwzględnieniem podatku VAT) - kwotę 120 000, zł rocznie brutto. W tych okolicznościach zamawiający upatrywał podstawy do unieważnienia postępowania.

Zamawiający zaprzeczał zarzutom, jakoby nie wykonał żądań zawartych w uwzględnionym odwołaniu odwołującego wniesionym do Prezesa KIO dnia 7 sierpnia 2017r.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenie o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, z oferty odwołującego, korespondencji prowadzonej między zamawiającym a wykonawcami w

sprawie wyjaśnienia ceny, z akt sprawy odwoławczej sygn. akt: KIO 1635/17.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wynikał następujący stan faktyczny, którego strony nie kwestionowały, ani nie wnosiły o jego uzupełnienie, poza dodatkowo uwzględnionymi wnioskami dowodowymi odwołującego - z wyjaśnień ceny przez innych wykonawców w tym postępowaniu.

SIWZ. 3. Opis przedmiotu zamówienia

3.1. Przedmiotem zamówienia jest konserwacja oświetlenia ulicznego, która ma na celu utrzymanie w sprawności technicznej punktów oświetlenia ulicznego w ilości 61 szafek oraz 1446 punktów z wyłączeniem poszczególnych punktów objętych gwarancją na okres wskazany w umowie z wykonawcą na usługi budowy urządzeń oświetleniowych. Po wygaśnięciu gwarancji na nowe punkty, konserwacje i naprawę urządzeń oświetleniowych, przejmuje wykonawca. Ilość punktów oświetlenia ulicznego będzie zmienna w trakcie trwania umowy, w zależności od czasu trwania gwarancji na nowo powstałe punkty oświetleniowe

17

oraz w związku z budową nowego oświetlenia przy inwestycjach na terenie Gminy.

Stworzenie bazy z jej bieżącą aktualizacją z wyszczególnieniem punktów oświetleniowych objętych gwarancją producenta lub/i wykonawcy usługi montażu punktów świetlnych leży po stronie Wykonawcy, w porozumieniu z Zamawiającym.

Czynności i prace związane z eksploatacją sieci oświetlenia drogowego podzielone zostały na stałą opłatę ryczałtową oraz opłatę wynikową i obejmują:

1) Stała opłata ryczałtowa:

a) administracja:

założenie i prowadzenie dokumentacji techniczno – prawnej sieci oświetleniowej,

założenie książki obiektu budowlanego i bieżące jej prowadzenie,

nadzór ruchowy pracy sieci,

przyjmowanie zgłoszeń o awariach od zamawiającego,

użyłozacja urządzeń sieci oświetleniowej (bez źródeł i opraw),

wykonanie teczki obiektu oświetlenia dla nowo wybudowanych szafek i punktów oświetleniowych, obejmujących okres od 30.08.2016 r. do zakończenia terminu trwania umowy, umożliwiających coroczne uzupełnianie dokumentacji kontrolnej, w tym: (...)

b) obowiązkowe zabiegi okresowe:

ogłędziny sieci oświetlenia drogowego,

ogłędziny szafek i rozdzielnic,

doraźne ogłędziny działania punktów świetlnych,

pomiary skuteczności ochrony p - pożarowej,

pomiar rezystancji uziemienia,

pomiar napięć i obciążeń obwodu 1 faz.,

pomiar napięć i obciążeń obwodu 3 faz.,

ocena stanu technicznego sieci

2) Opłata wynikowa:

a) przeglądy i zabiegi planowe:

przegląd punktów świetlnych z wymianą źródła,

przegląd punktów świetlnych bez wymiany źródła,

przegląd latarni,

przegląd linii kablowej,

przegląd linii napowietrznej,

przegląd szafki lub tablicy zasilającej,

grupowa wymiana źródeł światła z konserwacją opraw (powyżej 30 szt.),

wycinka gałęzi (...) zasłaniających oprawę,

wycinka gałęzi zagrażających pracy linii i skuteczności oświetlenia,

18

malowanie słupa stalowego pow. 5 m,
malowanie słupa parkowego,
malowanie wysięgników - do 1 m,
malowanie wysięgników o długości od 1 do 3 m, malowanie wysięgników o długości pow. 3 m,
malowanie szafki oświetleniowej,
pionowanie latarni oświetleniowych,
wymiana uszkodzonych kloszy i szyb,
mycie kloszy i szyb opraw oświetleniowych,
Zamawiający wyjaśnił, że częstotliwość przeglądów w ramach pkt 2.a wynika z odrębnych przepisów i w zakresie grupowej wymiany źródeł światła z konserwacją opraw będzie wykonywane przez wykonawcę na podstawie osobnych zleceń zamawiającego.

b) naprawy awaryjne: (...)

c) inne:

zmiana nastaw czasowych zegarów sterujących na życzenie Zamawiającego
włączenie i wyłączenie obwodu poza czasem normalnej pracy urządzeń oświetleniowych nie związanych z realizacją prac objętych umową.

Czynności opisane w ppkt 1b wykonać należy z częstotliwością ustanowioną w przepisach ustawowych, a wyniki na bieżąco aktualizować i wpisywać do książki obiektu budowlanego.

4. Termin i sposób wykonania zamówienia: od dnia podpisania umowy do dnia 31 grudnia 2020 r. 4.1.Okres realizacji zamówienia:

4.2.Szczegółowe warunki realizacji zamówienia określono w załączniku nr 4 do SIWZ (wzór umowy).

10.2.3. Dokumenty przygotowywane samodzielnie przez wykonawcę na podstawie wzorów stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ powinny mieć formę wydruku komputerowego, maszynopisu lub uzupełnionych ręcznie dokumentów oraz odpowiadać co do treści wzorom załączonym do SIWZ.

11.2.5. W trakcie otwierania kopert (paczek) z ofertami Zamawiający ogłosi obecnym:

11.2.5.1. kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;

11.2.5.2. firmy oraz adresy wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie;

11.2.5.3. ceny, termin wykonania zamówienia, okres gwarancji i warunki płatności zawarte w ofertach.

11.2.6. Niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje, o których mowa w pkt 11.2.5 SIWZ.

19

12. Opis sposobu obliczenia ceny

12.1 Cena oferty ma być wyrażona w polskich złotych. Cena oferty musi zawierać podatek VAT. Ceną oferty jest cena brutto ogółem zawarta w Formularzu oferty i taka zostanie przyjęta dla porównania ofert. Cena przedstawiona przez wykonawcę jest ceną ryczałtową. Cena oferty musi zawierać wszystkie przewidywane koszty kompletnego wykonania zadania

(określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Czynności i prace związane z przedmiotem zamówienia - załącznik nr 2 do SIWZ), musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Skutki finansowe jakichkolwiek błędów obciążają wykonawcę zamówienia - musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. Cenę należy skalkulować na okres 1 miesiąca. Cena oferty uwzględnia okres trwania umowy podany w SIWZ. Przed obliczeniem ceny oferty Wykonawca powinien dokładnie i szczegółowo zapoznać się z opisem zamówienia oraz uzyskać niezbędne do sporządzenia oferty informacje mające wpływ na wartość zamówienia. (...)

12.2 Do porównania ofert Zamawiający przyjmie ryczałtową cenę miesięczną (Tabela nr 1 pkt. I formularza oferty) oraz sumę prac jednorazowych (dla których obowiązuje opłata wynikowa), punkty 1, 2, 7, 16-19, 25, 38-40, 42, 47, 48, 50 określone za ilości sztuk wskazane w Tabeli nr 2 formularza oferty, pozostałe ceny za czynności jednorazowe (za wyjątkiem punktów 1, 2, 7, 16-19, 25, 38-40, 42, 47, 48, 50) za 1 szt. - tabela nr 1 pkt. II formularza oferty.

13. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert

1. Cena 60 %

2. Czas reakcji na interwencję w przypadkach powodujących zagrożenie bezpieczeństwa osób i mienia w dni robocze godz. 15.00 – 7.00 oraz w dni wolne od pracy - 20 %
3. Czas reakcji na interwencję w przypadkach powodujących zagrożenie bezpieczeństwa osób i mienia w dni robocze godz. 7.00 – 15.00 - 15 %

4 Termin płatności

Załącznik Nr 1A do SIWZ - FORMULARZ OFERTOWY

Oferujemy wykonanie zadania zgodnie z zakresem prac zamieszczonym w opisie przedmiotu zamówienia oraz w załączniku nr 2 do SIWZ -Czynności i prace związane z przedmiotem zamówienia, skalkulowanej na okres 1 miesiąca.

Oferujemy wykonanie prac: A. Za cenę ryczałtową miesięczną w wysokości:

Tabela nr 1. I. Stała opłata ryczałtowa: Cena netto Podatek VAT Cena brutto

20

Za czynności wyszczególnione ppkt a, b administracja i obowiązkowe zabiegi okresowe

B. Za prace jednorazowe w cenach jednostkowych:

II. Opłata wynikowa: wg punktów a, b i c poniżej

L.p. a) przeglądy i zabiegi planowe:

1. przegląd punktów świetlnych z wymianą źródła szt.
2. przegląd punktów świetlnych bez wymiany źródła szt.
3. przegląd latarni szt.
4. przegląd linii kablowej szt.
5. przegląd linii napowietrznej szt.
6. przegląd szafki lub tablicy zasilającej szt.
7. grupowa wymiana źródeł światła z konserwacją opraw (powyżej 30 szt.) jednostka miary kpl.
8. wycinka gałęzi zasłaniających oprawę szt.
9. wycinka gałęzi zagrażających pracy linii i skuteczności oświetlenia szt.
10. malowanie słupa stalowego pow. 5m szt.
11. malowanie słupa parkowego szt.
12. malowanie wysięgników - do 1m szt.
13. malowanie wysięgników o długości od 1 do 3 m szt.
14. malowanie wysięgników o długości pow. 3m szt.
15. malowanie szafki oświetleniowej szt.
16. pionowanie latarni oświetleniowych szt.
17. wymiana uszkodzonych kloszy i szyb szt.
18. mycie kloszy i szyb opraw oświetleniowych szt.

b) naprawy awaryjne: (...)

c) inne:

W zakresie spornym Tabeli B pkt II lit a) pkt 7 grupowa wymiana źródeł światła z konserwacją opraw powyżej 30 szt cena jednostkowa miała być podana za jednostkę miary stanowiącą komplet (powyżej 30 sztuk).

Do porównania ofert Zamawiający przyjmie następujące składniki:

Cena. Do porównania ofert zamawiający przyjmie ryczałtową cenę miesięczną (Tabela nr 1 pkt. I formularza oferty) oraz sumę prac jednorazowych (dla których obowiązuje opłata wynikowa), punkty 1, 2, 7, 16-19, 25, 38-40, 42, 47, 48, 50 określone za ilości sztuk wskazane w Tabeli nr 2 formularza oferty, pozostałe ceny za czynności jednorazowe (za

21

wyjątkiem punktów: 1, 2, 7, 16-19, 25, 38-40, 42, 47, 48, 50) - za 1 szt. - tabela nr 1 pkt. II formularza oferty.

Tabela nr 2. czynności i prace związane z przedmiotem zamówienia załącznik nr 2 do SIWZ

Nazwa czynności ilość w sztukach. Wartość netto. Wartość brutto 1. przegląd punktów świetlnych z wymianą źródła ilość

-10 sztuk

2. przegląd punktów świetlnych bez wymiany źródła ilość -10 sztuk

7. grupowa wymiana źródeł światła z konserwacją opraw (powyżej 30 szt.) ilość - 5 sztuk

16. pionowanie latarni oświetleniowych ilość - 5 sztuk

17. wymiana uszkodzonych kloszy i szyb ilość - 5 sztuk

- 18. mycie kloszy i szyb opraw oświetleniowych ilość - sztuk10
- 19. lokalizacja miejsca uszkodzenia i naprawa kabla - wraz z pomiarem ilość - 5 sztuk
- 25. awaryjna wymiana przepalonych źródeł światła - ilość 30 sztuk
- 38. wymiana główki bezpiecznikowej - ilość 20 sztuk
- 39. wymiana podstawy bezpiecznikowej - ilość 5 sztuk
- 40. wymiana uszkodzonych elementów oprawy oświetleniowej - ilość 10 sztuk
- 42. wymiana stycznika -ilość 3 sztuki
- 47. naprawa zamknięć wnęk latarni oraz złączy oświetleniowych - ilość 5 sztuk
- 48. wymiana tabliczek oświetleniowych - ilość 5 sztuk
- 50. wymiana zegara sterującego radiowego - ilość 2 sztuki

Cena łącznie ...za powyższe elementy

Cena brutto ogółem do porównania ofert ...zł

Zamówienia zrealizuję w okresie od dnia zawarcia umowy do

C. Oświadczenia - zapoznałem się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie wnoszę do niej zastrzeżeń oraz uzyskałem informacje niezbędne do przygotowania oferty, w cenie oferty zostały wliczone wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia.

Akceptuję warunki płatności określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. zgodnie z § 6 wzoru umowy; płatność – ... dni .

D. Zobowiązanie w przypadku przyznania zamówienia akceptuję proponowany przez zamawiającego wzór umowy, który zobowiązuje się podpisać w miejscu i terminie wskazanym przez zamawiającego (załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Załącznik 2 do SIWZ wycena przedmiotu zamówienia do którego wykonawca zobowiązany był dostosować ofertę również w odniesieniu do poz. 7 pkt a) grupowa wymiana źródeł światła z konserwacją opraw (powyżej 30 szt.) podano jako jednostkę miary komplet.

Załącznik Nr 4 do SIWZ - WZÓR UMOWY

22

(...) o następującej treści: w wyniku przeprowadzonego i zatwierdzonego przez Zamawiającego przetargu nieograniczonego (...) została wybrana oferta Wykonawcy, który oświadcza, że zakres świadczenia wynikający z postanowień niniejszej umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

§ 1 Wykonawca zobowiązuje się do wykonania zamówienia publicznego pn. „Bieżąca konserwacja i naprawa urządzeń oświetleniowych na majątku gminy Świecie”, zwanego dalej przedmiotem umowy.

§ 2.1. Zamawiający zleca, a Wykonawca podejmuje się wykonania usługi w zakresie utrzymania i konserwacji oświetlenia drogowego zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności z:

- 1) Ustawą z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. z 2012 r. poz. 1059 z późniejszymi zmianami),
 - 2) Organizacją bezpiecznej pracy przy urządzeniach i instalacjach energetycznych oraz eksploatacji linii i urządzeń oświetlenia drogowego.
2. Eksploatacją zostają objęte urządzenia oświetlenia drogowego pozostające własnością Gminy Świecie w obszarze administrowanym przez gminę Świecie.
3. Wykonawca prowadzi, a Zamawiający umożliwia eksploatację urządzeń objętych umową w sposób zapewniający: (...)

Wykaz obiektów oświetleniowych objętych niniejszą umową stanowi załącznik nr 1. 6.

Przedmiot umowy obejmuje:

- 1) zakres stałych czynności nakazanych prawem i zabiegów obligatoryjnych oraz uzgodniony przez Strony pakiet prac i zabiegów eksploatacyjnych o szacowanym zakresie rocznym. Powyższy zakres umowy ma charakter stały w czasie obowiązywania umowy i objęty jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Zestawienie włączonych do przedmiotu umowy czynności objętych rozliczeniem ryczałtowym zawiera załącznik nr 2 do SIWZ (Czynności i prace związane z przedmiotem zamówienia), L.p.1. Strony przyjmują, że w ramach stałej opłaty ryczałtowej będącej przedmiotem umowy prowadzona będzie eksploatacja sieci oświetleniowej w sposób stały, bieżący zadawalający, niezależnie od poziomu zgodności rzeczywistych ilości wskazanych prac względem ich ilości przyjętych do kalkulacji ceny wynagrodzenia ryczałtowego.

Czynności opisane w pkt 1 załącznika nr 2 do SIWZ, należy wykonać z częstotliwością ustanowioną w przepisach ustawowych, a wyniki na bieżąco aktualizować i wypisywać do

książki obiektu budowlanego.

2) wszelkie działania nie objęte stałą opłatą ryczałtową i uruchamiane każdorazowo na podstawie zleceń dodatkowych przekazywanych przez Zamawiającego. Cennik tych prac

zawiera tabela w załączniku nr 2 do SIWZ, L.p. 2 (Czynności i prace związane z przedmiotem zamówienia).

§ 3 Strony ustalają następujące terminy: Wykonawca zobowiązuje się wykonać zakres prac określony niniejszą umową w terminie od dnia podpisania umowy do 31 grudnia 2020 roku.

W notatce służbowej spisanej w dniu 27.03.2017 r. zamawiający podał: 1. Wartość szacunkowa zamówienia netto (bez VAT) ustalona na podstawie kosztów bieżącego wykonania usługi konserwacji oświetlenia dróg i miejsc publicznych (...) ogółem wynosi 390 243,91 zł. Zamawiający potwierdził, że jest to wartość za okres - od dnia zawarcia umowy do 31.12.2020 r.

Informacja z otwarcia ofert z dnia 25 maja 2017 r. w zakresie postępowania pn. „Bieżąca konserwacja i naprawa urządzeń oświetleniowych na majątku gminy Świecie”

1. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AGMAR ENGINEERING, I.Z., Czersk Świecki 84, 86-131 Jeżewo, Cena brutto (do porównania ofert) 56.872,74 zł. Strony zgodnie przyznały, że w elemencie ryczałtowym cena oferty wykonawcy sprowadza się do okresu miesięcznego, natomiast w pozostałych elementach cen jednostkowych nie ma takiego charakteru.

2. Konsorcjum Firm: LIDER - ELPERIA Sp. z o.o. Sp. k., ul. Hallera 4/15, 86100 Świecie; PARTNER – ELDAX D.W., ul. Kociewska 26, 86-100 Świecie Cena brutto (do porównania ofert)- 73.556,38 zł.

3. ELBROX H.B. Operator Sp. z o.o., ul. Witosa 7A, 86-100 Świecie Cena brutto (do porównania ofert) 76.029,44 zł.

4. ELEKTRO - TECH A.N., Al. Jana Pawła II 2/2, 86105 Świecie, Cena brutto (do porównania ofert) 53.707,95 zł- podana w protokole postępowania, a w protokole z otwarcia ofert zamieszczonym, a na stronie internetowej zamawiającego w kwocie 35.257,95 zł.

Informacje dodatkowe: Termin realizacji zamówienia: do dnia 31 grudnia 2020 r.

Kwota przeznaczona na realizację zamówienia - 120.000,00 zł. brutto w roku 2017.

Strony zgodnie przyznały, że kwota 120.000,00 zł w roku 2017 odpowiada ¼ wartości oszacowanej usługi na cztery lata realizacji.

W dniu 1 sierpnia 2017 r. zamawiający zawiadomił, że wybrał ofertę wykonawcy ELEKTRO – TECH A.N..

Odwolujący w dniu 7 sierpnia 2017 r. wniósł odwołanie, rozpatrzone pod sygn. akt: KIO 1635/17 w którym zarzucił z amawiającemu naruszenie:

a) art. 86 ust. 4 Prawa zamówień publicznych przez niepodanie przez Zamawiającego do wiadomości uczestników części jawnej otwarcia ofert dokonanego w dniu 25 maja 2017r.

24

ceny ujętej w ofercie Uczestnika, tj:

b) art. 87 ust. 1 zd. 2, art. 7, art. 8, art. 20 Prawa zamówień publicznych przez samodzielne ustalenie ceny w ofercie Uczestnika - wykonawcy ELEKTRO - TECH A.N.;

art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych przez niedopuszczalne c) poprawienie oferty Uczestnika, w sytuacji gdy nie załączenie do oferty str. 2, 3, 4 i 5 formularza oferty

stanowiącego Załącznik nr 1A do SIWZ lub ich odpowiednika było działaniem zamierzonym Uczestnika, a nie jego „omyłką”, a dokonane „poprawienie” oferty przez Zamawiającego prowadzi do istotnej zmiany w jej treści.

d) art. 87 ust. 2 *in fine* Prawa zamówień publicznych przez niezawiadomienie Uczestnika o dokonaniem przez Zamawiającego „poprawieniu” oferty;

art. 86 ust. 5 pk. 3 Prawa zamówień publicznych przez sporządzenie i publikację e) informacji z otwarcia ofert zawierającej dane niezgodne i sprzeczne z treścią oferty Uczestnika;

f) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Uczestnika jako niezgodnej z Prawem zamówień publicznych oraz, której treść nie odpowiada treści SIWZ, co miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania, tj. uznanie tej oferty za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwolujący w poprzednim odwołaniu zgłosił następujące żądania:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego, tj. dokonania wyboru oferty Uczestnika

jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;

2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Uczestnika na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 uPZP jako niezgodnej z ustawą i nie odpowiadającej treści SIWZ;

Zamawiającemu ponownego dokonania czynności wyboru oferty nakazanie 3. najkorzystniejszej w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

4. stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania [wskazanych w postawionych zarzutach].

W dniu 14 sierpnia 2017 r., przed otwarciem rozprawy, zamawiający za pośrednictwem faksu przesłał oświadczenie, że: „uwzględnia odwołanie w całości i wnosi o umorzenie postępowania w sprawie.” Postanowieniem z dnia 16 sierpnia 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze oraz wskazała: „Zgodnie z art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”

25

W formularzu ofertowym odwołującego zaoferowano:

1. A Tabela 1- Łączna ryczałtowa cena miesięczna - 3 500,00 zł netto, podatek VAT – 805,00 zł, ryczałtowa cena miesięczna brutto - 4 305,00 zł

2. B Tabela II Opłata wynikowa za prace jednorazowe w cenach jednostkowych lit. a) przeglądy i zabiegi planowe, poz. 7 grupowa wymiana źródeł światła z konserwacją opraw (powyżej 30 szt.), jednostka miary komplet – cena jednostkowa netto 310,00 zł, podatek VAT - 71,30, cena brutto - 381,30 zł.

Taką samą wycenę odwołujący przedstawił w załączniku nr 2 do SIWZ Czynności i prace związane z przedmiotem zamówienia (Wycena przedmiotu zamówienia) odnośnie poz. 7 Opłata wynikowa za prace jednorazowe w cenach jednostkowych lit. a) przeglądy i zabiegi planowe, poz. 7 grupowa wymiana źródeł światła z konserwacją opraw (powyżej 30 szt.), jednostka miary komplet - cena jednostkowa netto 310,00 zł, podatek VAT - 71,30, cena brutto - 381,30 zł.

W tabeli nr 2 z nagłówkiem: Do porównania ofert Zamawiający przyjmie następujące składniki: cena

Pozycja 7 grupowa wymiana źródeł światła z konserwacją opraw (powyżej 30 szt.), ilość w sztukach - 5; wartość netto - 1 550,00 zł wartość brutto - 1 906,50 zł, co odpowiada przemnożeniu podanej ceny jednostkowej za komplet przez ilość kompletów.

Cena brutto ogółem (do porównania ofert) - 56 872,74 zł.

Zamawiający pismem z dnia 26 maja 2017 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, dotyczących podania ceny jednostkowej w poz. 7 tabeli B formularza ofertowego, dotyczącej prac jednorazowych w cenach jednostkowych. Proszę uszczegółowić, czy podana cena dotyczy wymiany źródła światła z konserwacją opraw dla jednej sztuki, czy dla kompletu - powyżej 30 sztuk. W przypadku dokonania wyceny dla ilości większej niż 1 sztuka, proszę o podanie dla jakiej ilości została dokonana wycena.

Pismem z dnia 1 czerwca 2017 r. odwołujący udzielił następującej odpowiedzi na zadane pytanie:

- Podana cena jednostkowa w poz. nr 7 (grupowa wymiana źródeł światła z konserwacją opraw powyżej 30 szt.) dotyczy jednego kompletu powyżej 30 szt.

- W poz. nr 7 tabeli B Formularza ofertowego, dotyczącej prac jednorazowych w cenach jednostkowych zawiera elementy tylko w niej zawarte i wycena została wykonana dla ilości nie większej niż 31 sztuk w oparciu o zapis w pozycji nr 7.

26

W piśmie z dnia 8 czerwca 2017 r. odwołujący udzielił dalszych wyjaśnień (bez osobnego wezwania zamawiającego), że podana w poz. nr 7 Tab. B formularza ofertowego, cena w wysokości 310,00 zł netto dotyczy jednej sztuki oprawy przy grupowej wymianie źródeł światła z konserwacją opraw powyżej 30 szt.

W dniu 25 sierpnia 2017 r. w piśmie skierowanym do odwołującego, zamawiający podał, że

zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp unieważnił dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucił ofertę wykonawcy ELEKTRO-TECH A.N., zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W ramach ponownego badania i oceny ofert oraz wyjaśnień do oferty złożonych na wezwanie zamawiającego, komisja ponownie przeanalizowała wyjaśnienia wykonawców dotyczące treści złożonych ofert, tj. wyjaśnienia dotyczące podania ceny jednostkowej w poz. 7 - tabeli B Formularza ofertowego, dotyczącej prac jednorazowych w cenach jednostkowych, a dokładnie uszczegółowienia, czy podana cena dotyczy wymiany źródła światła z konserwacją opraw dla jednej sztuki, czy dla kompletu powyżej 30 sztuk. W przypadku dokonania wyceny dla ilości większej niż 1 sztuka, proszę o podanie dla jakiej ilości została dokonana wycena.

Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienie, jako omyłki „inne” polegające na niezgodności oferty z SMZ, a niepowodujące istotnych zmian w treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji zmianie uległa cena do porównania ofert, która wynosi 114 067,74 zł. brutto i taka zostanie przyjęta jako ostateczna.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia, ma prawo nie wyrazić zgody na poprawienie powyższej omyłki. W takim przypadku oferta zostaje odrzucona przez zamawiającego.

Zamawiający potwierdził, że nigdzie w dokumentacji postępowania, ani też w informacji przekazanej odwołującemu nie podał sposobu wyliczenia, z którego wynikałoby, że cena oferty brutto odwołującego winna wynosić 114.067,74 zł jaką przyjął do oceny ofert.

Zamawiający początkowo oświadczył, że nie jest w stanie przedstawić tego wyliczenia matematycznie. Podtrzymał, że oparł się na wyjaśnieniach odwołującego.

Następnie złożył na rozprawie poprawiony Formularz ofertowy odwołującego, zawierający wyliczenie ceny oferty odwołującego w kwocie 114.067,74 zł.

Dnia 28 sierpnia 2017 r. odwołujący złożył zamawiającemu oświadczenie następującej treści:

„Niniejszym, działając w imieniu własnym, oświadczam, że nie wyrażam zgody na poprawienie rzekomej pomyłki w ofercie z dnia 24 maja 2017 r., której to czynności

Zamawiający dokonał w zawiadomieniu z dnia 25 sierpnia 2017 r.”

27

Zawiadomieniem z dnia 1 września 2017 r. zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (...). Zamawiający unieważnia postępowanie o udzieleniu zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Uzasadnienie. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły 4 oferty dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.

„Bieżąca konserwacja i naprawa urządzeń oświetleniowych na majątku gminy Świecie”.

Oferta nr 4 firmy ELEKTRO - TECH A.N., ul. Aleja Jana Pawła II/2, 86 -100 Świecie, została odrzucona zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu złożonym w dniu 7 sierpnia 2017 r. przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AG-MAR Engineering I.Z., Czersk Świecki 84, 86-131 Jeżewo, które to Zamawiający uwzględnił w całości.

Kolejną czynnością Zamawiającego było ponowne badanie ofert. W toku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający szczegółowo przeanalizował złożone oferty (niepodlegające odrzuceniu) oraz wszystkie wyjaśnienia złożone przez Wykonawców.

Wyjaśnienia dotyczyły podania ceny jednostkowej w pozycji nr 7 - tabeli B formularza ofertowego, dotyczącej prac jednorazowych w cenach jednostkowych, a dokładnie uszczegółowienia, czy podana cena dotyczy wymiany źródła światła z konserwacją opraw dla jednej sztuki, czy dla kompletu - powyżej 30 szt.

W konsekwencji ponownego badania ofert, Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 25.08.2017 r. do Wykonawców o wyrażenie zgody na poprawienie „innej omyłki”, gdyż po uwzględnieniu wyjaśnień zmianie uległy ceny do porównania ofert w przypadku dwóch wykonawców, tj. Oferta nr 1 Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AG-MAR ENGINEERING I.Z. Czersk Świecki 84, 86-131 Jeżewo - cena do porównania ofert wynosi 114.067,74 zł brutto, Oferta nr 3 ELBROX H.B., Operator Sp. z o.o., ul. Witosa 7A, 86-100 Świecie - cena do porównania ofert wynosi 76.029,44 zł brutto.

Poprawy w ofertach Zamawiający dokonał zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy

Pzp. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający w dnia 28.08.2017 r. otrzymał oświadczenie Wykonawcy, tj. firmy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AG-MAR ENGINEERING I.Z. Czersk Świecki 84, 86-131 Jeżewo, że nie wyraża zgody na poprawienie omyłki. Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 7 PZP, nie wyrażenie zgody na poprawienie omyłki skutkuje odrzuceniem oferty. W związku z powyższym najkorzystniejszą ofertą okazuje się być oferta nr 2 Lider konsorcjum: Elperia Sp. z o.o. Sp. k., ul. Hallera 4/15, 86-100 Świecie, której zaoferowana

28

cena ryczałtowa miesięczna wynosi 12.300,00 zł brutto, a cena do porównania ofert to 73.556,38 zł brutto.

Biorąc pod uwagę tylko cenę ryczałtową miesięczną w przeliczeniu na 12 miesięcy, to roczna kwota oferty wynosi 147.600,00 zł brutto na rok.

Zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia przeznaczył kwotę w wysokości 120.000,00 zł na rok, o czym poinformował Wykonawców przed otwarciem ofert w dniu 25 maja 2017 r. oraz zamieścił informację z sesji otwarcia ofert zgodnie z art. 86 ust. 5 ustawy Pzp na stronie bip. swiecie.eu. W związku z powyższym. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Bieżąca konserwacja i naprawa urządzeń oświetleniowych na majątku gminy Świecie" zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż kwota najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający przyznał, że jedyną ofertą pozostającą w okresie związania jest oferta odwołującego. Zatem przeprowadzanie wnioskowanego przez odwołującego dowodu na okoliczność przyznanej było zbędne.

Na wniosek odwołującego Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: tj.: kopie odpowiedzi na wyjaśnienie ceny pozycji nr 7:

1. konsorcjum ELPERIA w swoich wyjaśnieniach wskazało, że w omawianej poz. 7 podało cenę jednostkową za komplet składający się z ilości nie większej niż 31 pojedynczych sztuk.
2. wykonawca ELBROX H.B. podał, że do wyceny przyjął 1 komplet o zawartości 50 sztuk
3. poprawiony formularz ofertowy odwołującego, z którego według obliczeń zamawiającego - wynika cena oferty odwołującego 114 067,74 zł brutto po poprawie, którą zamawiający przyjął do porównania ofert.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania, skoro dowodził, że jego oferta została bezpodstawnie poprawiona przez zamawiającego, a następnie odrzucona mimo, że zawiera cenę mieszczącą się w granicach kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia - zamawiający doprowadził do unieważnienia postępowania, naruszając tym samym interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz narażając odwołującego na poniesienie szkody w postaci utraty możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub

29

miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Postępowanie „Bieżąca konserwacja/ naprawa urządzeń oświetleniowych na majątku Gminy Świecie" jest prowadzone w procedurze o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, z tego tytułu odwołanie zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przysługuje wyłącznie wobec enumeratywnie wymienionych w tej normie czynności, tj.:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zasadniczym zarzutem odwołania było bezpodstawne odrzucenie oferty

odwołującego, zatem odwołanie jest dopuszczalne na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Do ad. Zarzut I (5) naruszenia art. 186 § 2 *in fine* Pzp, przez nieuwzględnienie w dalszym postępowaniu wszystkich żądań odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 7 sierpnia 2017r. (sygn. akt: KIO 1635/17), zwłaszcza nieuwzględnienia oferty odwołującego przy ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy zamawiający uwzględnił to odwołanie w całości.

W odwołaniu z dnia 7 sierpnia 2017 r. na czynności zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 1 sierpnia 2017r. odwołujący zarzucał naruszenie: przez zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

- a) art. 86 ust. 4 Pzp przez niepodanie przez zamawiającego do wiadomości uczestników części jawnej otwarcia ofert dokonanego w dniu 25 maja 2017r. o godz. 10:00 ceny ujętej w ofercie Uczestnika;
 - b) art. 87 ust. 1 zd. 2, art. 7, art. 8, art. 20 Pzp przez samodzielne ustalenie ceny w ofercie Uczestnika;
 - c) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez niedopuszczalne poprawienie oferty Uczestnika, w sytuacji gdy nie załączenie do oferty str. 2, 3, 4 i 5 formularza oferty stanowiącego Załącznik nr 1A do SIWZ lub ich odpowiednika było działaniem zamierzonym Uczestnika, a nie jego „omyłką”, a dokonane „poprawienie” oferty przez zamawiającego prowadzi do istotnej zmiany w jej treści.
 - d) art. 87 ust. 2 *in fine* Pzp przez niezawiadomienie uczestnika o dokonanych przez zamawiającego „poprawieniach” oferty;
- 30

e) art. 86 ust. 5 pkt 3 Pzp przez sporządzenie i publikację informacji z otwarcia ofert zawierającej dane niezgodne i sprzeczne z treścią oferty Uczestnika;

f) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty innego Uczestnika jako niezgodnej z Pzp oraz, której treść nie odpowiada treści SIWZ, co miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania, tj. uznanie tej oferty za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1. unieważnienie czynności zamawiającego, tj. dokonania wyboru oferty Uczestnika [wykonawcy ELEKTRO - TECH A.N.], jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;
- 2. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Uczestnika na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnej z ustawą i nie odpowiadającej treści SIWZ;
- 3. nakazanie zamawiającemu ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 4. stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania [wskazanych w postawionych zarzutach].

W dniu 25 sierpnia 2017 r. w piśmie skierowanym do odwołującego, zamawiający podał, że: - zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp unieważnił dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucił ofertę wykonawcy ELEKTRO- TECH A.N., zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W ramach ponownego badania i oceny ofert oraz wyjaśnień do oferty złożonych na wezwanie zamawiającego, komisja ponownie przeanalizowała wyjaśnienia wykonawców dotyczące treści złożonych ofert, tj. wyjaśnienia dotyczące podania ceny jednostkowej w poz. 7 - tabeli B Formularza ofertowego, dotyczącej prac jednorazowych w cenach jednostkowych (...).

Zawiadomieniem z dnia 1 września 2017 r. zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (...). W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły 4 oferty dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Bieżąca konserwacja i naprawa urządzeń oświetleniowych na majątku gminy Świecie”. Oferta nr 4 firmy ELEKTRO - TECH A.N., ul. Aleja Jana Pawła II/2, 86 -100 Świecie, została odrzucona zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu złożonym w dniu 7 sierpnia 2017 r. przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AG-MAR Engineering I.Z., Czersk Świecki 84, 86-131 Jeżewo, które to Zamawiający uwzględnił w całości.

„Kolejną czynnością Zamawiającego było ponowne badanie ofert. W toku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający szczegółowo przeanalizował złożone oferty

(niepodlegające odrzuceniu) oraz wszystkie wyjaśnienia złożone przez Wykonawców. Wyjaśnienia dotyczyły podania ceny jednostkowej w pozycji nr 7 - tabeli B formularza ofertowego, dotyczącej prac jednorazowych w cenach jednostkowych (...)."

Jak była wyżej mowa, odwołujący żądał:

1. unieważnienie czynności zamawiającego, tj. dokonania wyboru oferty uczestnika firmy ELEKTRO - TECH A.N. jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;
2. odrzucenia oferty uczestnika firmy ELEKTRO - TECH A.N. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z ustawą i nie odpowiadającej treści SIWZ;
5. przeprowadzenia ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Powyższe czynności zostały przeprowadzone przez zamawiającego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 7 sierpnia 2017 r., nie było więc podstaw, aby zarzucać zamawiającemu naruszenie dyspozycji art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, który stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający przeprowadził również dalsze czynności w postępowaniu, tj. wezwał odwołującego do wyrażenia zgody na poprawę ceny złożonej oferty. W wyniku odmowy odwołującego odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a następnie zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż uznał, że kwota najkorzystniejszej oferty konsorcjum ELPERIA przewyższa kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Były to nowe czynności zamawiającego, podlegające zaskarżeniu środkami ochrony prawnej, w granicach ram narzuconych przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Uwzględnienie zarzutów odwołania (prócz respektowania żądań wprost z nimi związanych) i wyrażonych w treści odwołania - nie ogranicza zamawiającego w podejmowaniu kolejnych czynności w ramach ponownej oceny ofert i kontynuowania procedury przetargowej, w tym także korygowania czynności, które zamawiający uznał za wadliwe, aż do czasu zawarcia umowy na realizację zamówienia.

Wszelkie natomiast żądania, co do wyboru oferty odwołującego wykonawcy, nawet gdy są zgłaszane, nie mają charakteru wiążącego, gdyż każda kolejno wybierana oferta (wstępnie sklasyfikowana na pierwszym miejscu w oparciu o kryteria oceny), dopiero w tym

32

momencie, stosownie do postanowień art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, podlega pełnej weryfikacji przedmiotowej (pod względem zgodności jej treści z SIWZ) i podmiotowej (spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu).

Zamawiający zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp ma obowiązek poinformowania wykonawców o czynnościach mieszczących się w zakresie punktów 1-7 tej normy, jednakże nie musi tego czynić jednocześnie, co jest następstwem faktów, że wszystkie czynności badania i oceny ofert nie muszą przebiegać jednocześnie.

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu, gdyż czynności zamawiającego wypełniały żądania zawarte w poprzednim odwołaniu tego samego odwołującego, zatem nie naruszały również przepisu art. 186 ust. 2 Pzp. Ponadto, te same zarzuty nie były dopuszczalne w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, które dotyczy czynności wykonanej przez zamawiającego zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu.

Do ad. Zarzut II (6) naruszenia art. 86 ust. 3 Pzp przez nie podanie bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (od momentu zawarcia umowy do końca roku 2020), lecz „120 000,00 brutto w roku 2017r.", co stoi w sprzeczności z treścią protokołu postępowania oraz notatki służbowej z dnia 27 marca 2017r. z ustaleniem wartości szacunkowej zamówienia.

Do ad. Zarzut II (7) naruszenie art. 86 ust. 5 pkt. 1 i 3 Pzp przez sporządzenie i publikację informacji z otwarcia ofert zawierającej dane niezgodne i sprzeczne z treścią protokołu postępowania w zakresie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na

sfinansowanie zamówienia.

Przepis art. 86 ust. 3 Pzp stanowi, że bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Ust. 4 art. 86 Pzp - Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Ust. 5 art. 86 Pzp - Niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące:

- 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie;
- 3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

W notatce służbowej spisanej w dniu 27.03.2017 r. zamawiający podał: Wartość szacunkowa zamówienia netto (bez VAT) ustalona na podstawie kosztów bieżącego

33

wykonania usługi konserwacji oświetlenia dróg i miejsc publicznych (...) ogółem wynosi 390 243,91 zł, co podzielone przez 4 lata realizacji zamówienia daje kwotę około 120 000,00 zł brutto rocznie.

Odwołujący nie przeczył, że w informacji z otwarcia ofert z dnia 25 maja 2017 r. w zakresie postępowania pn. „Bieżąca konserwacja i naprawa urządzeń oświetleniowych na majątku gminy Świecie” zamawiający podał: Termin realizacji zamówienia: do dnia 31 grudnia 2020 r. (od dnia zawarcia umowy). Kwota przeznaczona na realizację zamówienia - 120.000,00 zł. brutto w roku 2017 r.

Okoliczności te były wiadome odwołującemu już w dniu składania odwołania z dnia 7 sierpnia 2017 r., a więc zarzuty należało uznać za spóźnione w świetle postanowień art. 182 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, który wyznacza 5-dniowy termin zawity na wniesienie odwołania, a ponadto niedopuszczalne na podstawie zakresu możliwego zaskarżenia statutowanego w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Z tych względów zarzut nie podlegał rozpoznaniu.

Okoliczności i skutki natomiast takiego, a nie innego podania kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia - 120 000,00 zł. brutto w roku 2017 r. podlegały ocenie w ramach rozpatrzenia dalszych zarzutów odwołania.

Do ad. Zarzut III (1) naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie i poprawienie w ofercie odwołującego rzekomej tzw. „innej omyłki”.

Do ad. Zarzut III (2) naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy uprzednio zamawiający dokonał bezprawnego poprawienia rzekomej „innej omyłki” w jej ofercie.

Stawiane wyżej zarzuty Izba uznała za przedwczesne. Odwołujący, mimo że w *petitum* odwołania nie wskazywał na naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wprowadzającego obowiązek niezwłocznego informowania wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty - podając uzasadnienie faktyczne i prawne, to jednak w treści odwołania podnosił zarzut faktyczny, że: sama czynność poprawienia rzekomej omyłki w ofercie została dokonana w sposób nierzetelny. Mianowicie z zawiadomienia z dnia 25 sierpnia 2017r. nie wynika z jakiego powodu zamawiający uznał ofertę (a w istocie złożone wyjaśnienia) za niezgodne z SIWZ, które wielkości i w jaki sposób zostały wadliwie oszacowane przez odwołującego.

Zarzucił, że zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób dokonał korekty oferty odwołującego, jakie ceny jednostkowe uznał za prawidłowe, jakie przyjął w toku badania i oceny ofert. Zamawiający nie wskazał toku rozumowania, który doprowadził go do ustalenia ceny w ofercie odwołującego na kwotę 114 067,74 zł brutto. Zarzut ten Izba uznała za zasadny.

34

Na odrzucenie oferty odwołującego miał wpływ cały ciąg zdarzeń i czynności, poczynwszy od wezwania odwołującego i pozostałych wykonawców, do złożenia wyjaśnień w zakresie podanych cen jednostkowych w poz. 7 - tabeli B Formularza ofertowego, dotyczącej prac jednorazowych w cenach jednostkowych, poprzez uznanie, że wyjaśnienie odwołującego potwierdza popełnienie omyłki w ofercie, którą zamawiający skorygował w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako inną niż pisarska i rachunkowa omyłkę -

niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, aż do odrzucenia oferty odwołującego - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jako że odwołujący nie zgodził się na dokonaną poprawę, skutkiem której była zmiana ceny jego oferty przyjmowana do porównania ofert z kwoty 56 872,74 zł brutto na kwotę 114 067,74 zł brutto.

Zamawiający w pismach do odwołującego z dnia 25 sierpnia 2017 r. i z dnia 1 września 2017 r. poprzestał jedynie na krótkim zakomunikowaniu podjętych przez niego czynności wobec oferty odwołującego i wskazaniu podstawy prawnej. Działanie takie nie wypełnia wskazań przytaczanej normy art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający dopiero na rozprawie starał się uzasadnić uprzednio podjęte czynności, wskazując, że w przypadku oferty odwołującego wykonawca zmienił swoje pierwotne wyjaśnienia z dnia 1.06.2017 r., w których oświadczył:

- podana cena jednostkowa w poz. nr 7 (grupowa wymiana źródeł światła z konserwacją opraw powyżej 30 szt.) dotyczy jednego kompletu powyżej 30 szt.
- w poz. nr 7 tabeli B Formularza ofertowego, dotyczącej prac jednorazowych w cenach jednostkowych zawiera elementy tylko w niej zawarte i wycena została wykonana dla ilości nie większej niż 31 sztuk w oparciu o zapis w pozycji nr 7.

W piśmie z dnia 8 czerwca 2017 r., o którym odwołanie nie wspomina, odwołujący udzielił natomiast dalszych wyjaśnień (bez osobnego wezwania zamawiającego), że podana w poz. nr 7 Tab. B formularza ofertowego, cena w wysokości 310,00 zł netto dotyczy jednej sztuki oprawy przy grupowej wymianie źródeł światła z konserwacją opraw powyżej 30 szt.

Zamawiający uwzględnił zmienione wyjaśnienia odwołującego w późniejszym piśmie z 8.06.2017r., że cena jednostkowa w wysokości 310,00 zł netto (brutto - 381,30 zł.) dotyczy pojedynczej sztuki źródła światła wraz z konserwacją oprawy, a nie kompletu - zatem pomnożył tę cenę przez 31 szt., która miała być zawarta w komplecie. Tym sposobem uzyskał wartość - 11 820,30 zł brutto za komplet, co liczone dla wymaganych 5 kompletów dawało 59 101,50 zł brutto. Stąd wynikała cena ogółem oferty odwołującego, przyjmowana do porównania i oceny ofert w kwocie 114 067,74 zł brutto.

Wykonawca ELPERIA udzielił natomiast wyjaśnień w dniu 26.05.2017 r., że podana cena jednostkowa w poz. 7 - grupowa wymiana źródeł światła wraz z konserwacją powyżej 35

30 szt. - dotyczy 1 kompletu powyżej 30 szt. Ponadto wyjaśniał, że podana wartość ceny jednostkowej poz. 7 tab. B Formularza cenowego dotycząca prac jednorazowych w cenach jednostkowych zawiera elementy tylko w niej zawarte, a jej wycena została dokonana dla ilości nie większej niż 31 szt. zgodnie z treścią opisu poz. nr 7. Z tych względów zamawiający nie dokonał w oparciu o powyższe wyjaśnienie żadnych korekt w zakresie ceny jednostkowej poz. 7 tab. B Formularza cenowego oferty wykonawcy ELPERIA.

Odwołujący zmienił swoje pierwotne wyjaśnienia i w piśmie z dnia 8 czerwca 2017 r. i podał, że cena jednostkowa w tabeli B Formularza ofertowego, dotycząca grupowej wymiany źródeł światła w poz. 7 w kwocie - 381, 30 zł brutto, dotyczy „jednej sztuki,” a nie „jednego kompletu (zawierającego 31 sztuk).”

Na rozprawie zamawiający przedłożył skorygowany Formularz ofertowy odwołującego, ze zmianą ceny oferty przyjmowaną do porównania ofert z kwoty 56 872,74 zł brutto na kwotę 114 067,74 zł brutto. Zamawiający potwierdził, że nigdzie w dokumentacji postępowania, ani też w informacjach przekazanych odwołującemu nie podał sposobu wyliczenia, z którego wynikałoby, że cena oferty brutto odwołującego winna wynosić 114 067,74 zł - jaką, przyjął do oceny ofert.

Dowody przeprowadzone w sprawie potwierdziły, że uzasadnienie kolejno podejmowanych czynności zamawiającego, aż do odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienia postępowania miało charakter lakonicznych stwierdzeń, które sprowadzały się do niczym nieuzasadnionej oceny.

Należało uwzględnić treść przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazującego powiadomienie o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Czynność odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, czy też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 tej ustawy Pzp - może podlegać weryfikacji - w przypadku skorzystania przez wykonawcę z prawa do wniesienia środków ochrony prawnej. Na zamawiającego został więc nałożony obowiązek zawiadomienia wykonawców o podjętej czynności. W zawiadomieniu tym nie wystarczy podać tylko podstawy prawnej. Niezbędne jest też dokładne poinformowanie o okolicznościach faktycznych, wyczerpujących przesłankę zawartą w powoływanym przepisie.

Izba miała na uwadze treść podanego przez zamawiającego uzasadnienia czynności poprawy oferty odwołującego, podaną w piśmie z dnia 25 sierpnia 2017 r. oraz w piśmie z dnia 1 września 2017 r. - dotyczącą odrzucenia oferty odwołującego, gdyż zarzuty odwołania odnosiły się do przytaczanych wyżej podstaw faktycznych, które stały się przyczyną zaskarżenia czynności. Nie można było pominąć, że dopiero na rozprawie, zamawiający poddał szczegółowej analizie udzielone na wezwanie wyjaśnienia odwołującego odnośnie

36

ceny jednostkowej w poz. nr 7 (grupowa wymiana źródeł światła z konserwacją opraw powyżej 30 szt.), mających wpływ na wysokość ceny całkowitej, i przedstawił nowe okoliczności odrzucenia oferty odwołującego, do których odwołanie, ani się nie odnosiło, ani nie mogło się odnosić - stanowiące szczegółową argumentację w odniesieniu do wyjaśnień odwołującego.

W ocenie Izby, w żadnej mierze zamawiający nie był upoważniony, ażeby w postępowaniu odwoławczym uzupełniać uzasadnienie faktyczne podjętej czynności odrzucenia oferty z przedstawieniem odwołującego, konkretnych wyliczeń - uwzględniających uprzednie czynności zamawiającego, które do takiego stanu rzeczy doprowadziły.

Z przedstawionych odwołującemu uzasadnień faktycznych czynności podjętych przez zamawiającego nie sposób było wywieść, z czego wynikało, jak zamawiający ocenił wyjaśnienia odwołującego i w jaki sposób dokonał korekty ceny jego oferty. W konsekwencji Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego zawarte zarówno w piśmie z 25 sierpnia 2017 r., jak i w piśmie z 1 września 2017 r., ograniczające się do ogólnikowych stwierdzeń, nie mogło być uznane za dostatecznie realizujące cel normy art. 92 ust. 1 pkt 3 i 7 ustawy Pzp. W istocie, dopiero stanowisko zamawiającego przedstawiane w odpowiedzi na odwołanie - do protokołu rozprawy - stanowiło próbę uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Zasadnym jest podkreślenie, iż przyczyny podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też podają wyroki: KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu brak precyzyjnego wskazania z czego wynikała taka, a nie inna ocena złożonych wyjaśnień, prowadzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego o przyczynie odrzucenia jego oferty. Na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn podjętych czynności, które rzutują na uprawnienia wykonawcy, wynikające z faktu złożenia oferty. Wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, jakie to ustalenia legły u podstaw wnioskowania, że cena złożonej oferty winna podlegać korekcie, gdyż została uznana przez zamawiającego za obciążoną omyłką. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp podawanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie, uzasadnienia faktycznego podjętych wobec oferty odwołującego decyzji (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz sygn. akt KIO 1625/11).

37

Obowiązek zawiadamiania wykonawców określony w art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi realizację wyrażonej w art. 8 ust. 1 tej ustawy zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 ustawy - zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, a zwłaszcza zasady przejrzystości postępowania.

Izba uznała, że w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, zamawiający uzasadniając w sposób lakoniczny i ogólnikowy - podjęte wobec oferty odwołującego czynności, pozbawił go możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania przez wniesienie odwołania, uchybiając tym samym regułom, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powołanych wyżej zasad, niedopuszczalnym jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny odrzucenia jego oferty, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością

domniemyanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie. Odwołujący nie był w stanie sformułować w swoim odwołaniu - zarzutów kwestionujących prawidłowość odrzucenia jego oferty - z przyczyn podawanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i do protokołu rozprawy. Możliwość efektywnego korzystania ze środków ochrony prawnej, należy do podstawowych gwarantowanych praw wykonawcy, uczestniczącego w przetargu publicznym. Aby skutecznie korzystać z prawa do obrony oferty, wykonawca musi poznać pełne przyczyny wyeliminowania jego oferty. W tym aspekcie Izba uznała, że okoliczność wadliwego uzasadnienia kwestionowanej czynności mogła mieć wpływ na wynik postępowania, pozbawiając odwołującego możliwości obrony oferty, która bez dokonanej korekty, byłaby najkorzystniejsza i mieszcząca się w kwocie 120 000,00 zł rocznie, którą zamawiający podał, jako przeznaczoną na realizację zamówienia za dany okres, gdyż tak zdaniem Izby, wbrew zarzutom odwołującego, należało odczytać podanie tej kwoty na sesji otwarcia ofert. Cena w ofertach - służąca do porównania ofert, przyjmowana była: 1) za element wynagrodzenia ryczałtowego oraz 2) w oparciu o ceny jednostkowe za zakres prac jednostkowych, wymieniony w Formularzu ofertowym, zatem nie mający porównania z wartością szacunkową zamówienia w kwocie 390 243,91 zł netto za 4-letni okres realizacji zamówienia. Uprawnieniem, a zarazem obowiązkiem zamawiającego było wskazanie takiego sposobu obliczenia ceny, aby oferty mogły być oceniane w porównywalnych warunkach.

38

Brak wystarczającego uzasadnienia kwestionowanych czynności przesądził o uwzględnieniu odwołania z przyczyn formalnych - bez możliwości rozpatrzenia zarzutów merytorycznych - dotyczących oceny złożonych wyjaśnień odnośnie ceny jednostkowej w poz. nr 7 (grupowa wymiana źródeł światła z konserwacją opraw powyżej 30 szt.), jako elementu mającego znaczący wpływ na cenę całkowitą oferty, nie przyjęcia oferty odwołującego za wskazaną cenę - korekty tej ceny oraz odrzucenia oferty odwołującego, skutkiem nie wyrażenia zgody na dokonanie poprawy.

Bieg terminu na wniesienie odwołania rozpoczyna się z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, należało stwierdzić, że termin na zaskarżenie merytorycznej czynności zamawiającego, jeżeli czynność odrzucenia oferty odwołującego zostanie przez zamawiającego podtrzymana i przedstawiona z pełnym uzasadnieniem - zaczyna biec, gdy zamawiający poinformuje odwołującego w sposób wymagany przez art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp o podjętej wobec oferty wykonawcy decyzji.

Wykonawcy będą więc przysługiwały nowe środki zaskarżenia. Izba w tej sprawie, *a priori* nie może zająć stanowiska, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu, ani tego nie przesądza.

Do ad. Zarzut IV (3) naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp przez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu (odwołującego) nie przewyższa kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zarzut okazał się trafny, gdyż czynność ta nie mogła zostać przeprowadzona przed ostatecznym wyjaśnieniem, czy zachodziły podstawy do skorygowania ceny oferty odwołującego z kwoty 56 872,74 zł brutto na kwotę 114 067,74 zł brutto.

Zarzut dotyczący bezpodstawnego unieważnienia postępowania, i naruszenia tym samym przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzieleniu zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty - nie mieści w katalogu czynności, na które dopuszczalne jest złożenie odwołania w oparciu o wskazania normy art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednakże oczywistą konsekwencją nakazania zamawiającemu ponownego przedstawienia pełnego oferty przez uzasadnienia czynności odrzucenia złożonej odwołującego: I.Z., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo

czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż nie byłoby podstaw do przeprowadzania jakichkolwiek czynności, w tym do korygowania działań zamawiającego, w unieważnionym postępowaniu.

Do ad. Zarzut V (4) naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasady przejrzystości.

W następstwie uwzględnienia części zarzutów poprzedzających, potwierdził się również zarzut złamania przez zamawiającego podstawowych zasad rządzących postępowaniem, tj. nakazu przeprowadzenia postępowania z respektowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasady przejrzystości.

Osobnego podkreślenia wymagało, że działania zamawiającego, braku uzasadnienia podejmowanych czynności, w tym sposobu wyliczania dokonanej korekty ceny oferty odwołującego - nie odpowiadało wskazaniom, co do przestrzegania przejrzystości procedur zamówień publicznych. Wykonawcy mają prawo znać powody potraktowania ich ofert przez zamawiającego.

Przeprowadzenie czynności w postępowaniu niezgodnie z odnośnymi przepisami ustawy Pzp zawsze wiąże się z naruszeniem zasad tego postępowania wyrażonych w art. 7 ustawy, które mają gwarantować przestrzeganie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, i orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, w oparciu o złożone przez odwołującego rachunki, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 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, z 2017 poz. 47).

Przewodniczący:

.....