

WYROK

z dnia 16 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2019r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2019 r. przez wykonawcę V. W., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą PHU BoVi V. W., ul. Dominikańska 25, 35-041 Rzeszów w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Rzeszowską im. Ignacego Łukasiewicza, Al. Powstańców Warszawy 12, 35-959 Rzeszów,

przy udziale wykonawcy ALCHEM Grupa Sp. z o. o. o/Rzeszów, ul. Polna 21, 87-100 Toruń, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w zakresie zadania nr 1: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy ALCHEM Grupa Sp. z o. o. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża Politechnikę Rzeszowską im. Ignacego Łukasiewicza, Al. Powstańców Warszawy 12, 35-959 Rzeszów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez V. W., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą PHU BoVi V. W., ul. Dominikańska 25, 35-041 Rzeszów tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Politechniki Rzeszowskiej im. Ignacego Łukasiewicza, Al. Powstańców Warszawy 12, 35-959 Rzeszów na rzecz V. W., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą PHU BoVi V. W., ul. Dominikańska 25, 35-041 Rzeszów kwotę 11 708,46 zł (słownie: jedenaście tysięcy siedemset osiem złotych i czterdzieści sześć groszy) stanowiącą zwrot uiszczzonego wpisu, kosztów dojazdu w wysokości 608,46 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Politechnika Rzeszowska - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę stołów laboratoryjnych i dygesoriów. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 maja 2019r. pod nr 550806-N-2019.

W dniu 7 lipca 2019r. Odwołujący - V. W., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PHU BoVi V. W. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze w zakresie 1 części postępowania - jako najkorzystniejszej pod względem kryteriów oceny ofert, oferty złożonej przez Alchem Grupa sp. z o.o., w sytuacji, w której oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie

1. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 84 ust. 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zezwolenie na modyfikację treści oferty firmy ALCHEM w zakresie rodzaju i parametrów oferowanego produktu po terminie składania ofert.
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ALCHEM, pomimo, iż"
 - jej treść nie spełniała wymagań stawianych SIWZ co do parametrów oferowanego produktu,
 - oferta nie zawierała pełnego zakresu przedmiotu zamówienia określonego w zadaniu częściowym (pkt. 3.3 SIWZ). Wykonawca nie zaoferował wykonania wszystkich szafek objętych zamówieniem oraz pominął w ofercie usługę fumigacji komór.
3. art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty ALCHEM, pomimo, iż zawiera błędy w obliczeniu ceny,
4. art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty ALCHEM pomimo, iż oferowana przez wykonawcę cena jednostkowa była rażąco niska,
5. art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ALCHEM, pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

Z ostrożności Odwołujący wskazał na naruszenie art. 24aa w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez "podwójne" wezwanie Wykonawcy do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp, podczas gdy Zamawiający nie powinien ponownie wzywać do przedkładania dokumentów, które Spółka przedłożyła mu z własnej inicjatywy przed wezwaniem.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty

Alchem w zadaniu nr 1, nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty Alchem w zadaniu nr 1.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp zmiana oferty przez wykonawcę jest możliwa jedynie przed upływem terminu składania ofert. Wprowadzenie zmian w ofercie po tym terminie jest dopuszczalne jedynie w okolicznościach wskazanych w art. 87 ust. 2 Pzp i może dotyczyć wyłącznie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty.

W niniejszej sprawie Wykonawca w toku składanych wyjaśnień i uzupełnień, na skutek prowadzonych z Zamawiającym negocjacji, zmienił istotnie treść składanej oferty, a zmiany te w sposób oczywisty i rażąco przekraczały swoim zakresem ramy zakreślone przez ww. przepis. Pobieżna analiza treści złożonej przez firmę ALCHEM Oferty wskazuje na:

1. zmianę producenta oferowanych blatów, z blatów produkcji POL-LAB typu MAX na blaty typu SPC firmy DURCON (przy czym pierwsze dane producenta wskazane były już w druku oferty).
2. zmianę wymiarów szafek stołów wyspowych.
3. zmianę wymiarów szafek stołu przyściennego do laboratorium 64
4. zmianę wymiarów szafek stołu przyściennego do laboratorium 122
5. zmianę wymiarów szafek stołu przyściennego do laboratorium 235
6. zmianę wymiarów szafek stołu przyściennego do laboratorium 219
7. zmianę typu/rodzaju zastosowanych stelaży
8. zmianę wymiarów szafek,
9. zmianę ilości szafek - w toku wyjaśnień, "zaoferowano" dodatkowe 3 sztuki szafek 180 mm oraz szafki z dużymi szufladami, których nie przedstawiono w pierwotnej ofercie. - "dodano" także "nową" usługę fumigacji, o której wykonawca nie wspomniał w treści pierwotnej oferty i której to usługi w ogóle nie wycenił.

Powyższe zmiany nie można uznać za oczywiste omyłki czy błędy rachunkowe. Są to zmiany istotne, rzutujące na właściwości mebli, jak i na cenę. Na skutek dokonanych przez ALCHEM zmian oferty długość zabudowy szafkowej (przestrzeni szafkowej) wzrosła o 8,175 mb. Za istotną uznać należy także zmianę producenta blatu, którego dane pojawiły się w formularzu oferty. Nieprawidłowe zaoferowanie materiałów, które nie spełniają kryteriów SIWZ, nie może być skorygowane w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i potraktowane jako "omylka". Oświadczenie woli wykonawcy w tym przedmiocie w treści oferty było jednoznaczne i precyzyjne (co do preferowanego producenta blatów), stąd też oświadczenie to nie może ulec zmianie w toku postępowania.

Odwołujący wskazał, z daleko idącej ostrożności, że jakiegokolwiek wyjaśnienia wykonawcy nie mogą w myśl art. 87 ust. 1 Pzp zmienić jasnej i wyrażonej na piśmie i zgodnie z SIWZ treści oferty. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty po jej złożeniu, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyjaśnienia treści oferty mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione nie zaś do ustalania i negocjacji, co Wykonawca może zaoferować, by spełnić wymagania SIWZ. Podsumowując, zmiana treści oferty po jej złożeniu stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W konsekwencji, uznając dokonaną przez firmę ALCHEM zmianę oferty za niedopuszczalną, a przez to nieskuteczną, podsumować należy, iż Oferowane przez nią pierwotnie meble nie spełniają warunków SIWZ.

Alchem zaproponowała w ofercie wadliwy typ blatu. Na podanej w treści oferty stronie producenta a także w treści rysunków technicznych, wyszczególniono oferowane przez producenta blaty MAX Resistance. Alchem nie określa dokładnie czy stosuje blaty Max Resistance czy Max Compact. Oba blaty Pol-Lab nie spełniają jednak określonych przez Zamawiającego wymogów - nie posiadają odporności na kwas azotowy 65% i inne odczynniki, dlatego zostały one „zmienione” na blaty laboratoryjne z żywicy fenolowej innego producenta. Jest to zmiana istotna rzutuje na sposób wykonania zamówienia oraz wartość oferty, dlatego stanowi niedopuszczalną modyfikację oferty i nie powinna być przez Zamawiającego zaakceptowana. Żaden z blatów oferowanych przez producenta Pol-Lab nie ma wymaganej odporności na podane czynniki chemiczne a zatem nie spełnia warunków SIWZ. Jako dowód Odwołujący załączył zestawienie blatów Pol-Lab pobrane ze strony producenta.

Odwołujący wskazał także, że pierwotnie zaoferowano wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu stelaży typu A - są to stelaże do stołów modułowych. Nie jest to zatem produkt dedykowany do mebli pod wymiar - raczej gotowy produkt oferowany pod meble o określonych rozmiarach, które można uzyskać (złożyć) z dostępnych modułów. Stelaże te, poddane wycenieniu i zaoferowane przez ALCHEM, nie pozwalały na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze SIWZ. Ich zmiana, na stelaż innego producenta, doprowadziła do zaoferowania zupełnie innego produktu niż pierwotnie - proponowanie innych stelaży

pozwała bowiem na personalizację wymiarów mebli pod wymiary wskazane przez zamawiającego. Zmiana taka doprowadziła w ocenie Odwołującego do zaoferowania mebli zupełnie innego typu - mebli pod wymiar, nie zaś modułowych. O zaoferowaniu mebli modułowych świadczy natomiast nie tylko sam rodzaj stelaża, lecz także, a może i przede wszystkim, rażąca dysproporcja pomiędzy poszczególnymi wymiarami wewnętrznymi szafek, które w sposób istotny odbiegają od oczekiwań Zamawiającego. Ponadto złożona przez Alchem oferta była niekompletna - nie uwzględniono w niej usługi fumigacji oraz nie wyceniono kilku szafek, na których braki zwrócił uwagę zamawiający w kierowanym do wykonawcy piśmie.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechania odrzucenia oferty Alchem, mimo że zawiera błędy w obliczeniu ceny, Odwołujący wskazał, że zarzut ten jest konsekwencją tak licznych zmian i odstępstw od wymogów SIWZ. Dokonane korekty i uzupełnienia pozwoliły kolejno co prawda "dopasować" Ofertę do oczekiwań Zamawiającego, jednak nie rzutowały one ani na łączną kwotę oferty brutto, ani na poszczególne ceny jednostkowe. Niedoszacowanie oferty wynika

- z następujących okoliczności:

- ALCHEM poddała wycenie zaoferowane w treści Oferty blaty MAX, które zostały zmienione na produkt innego producenta - droższy, o innych właściwościach

- ALCHEM zmienił typ i rodzaj oferowanego stelaża, na którym miała opierać się konstrukcja mebli. Początkowo ALCHEM oferował stelaż modułowy firmy POL-LAB, która - jak wynika z danych zamieszczonych na portalu, jest firmą powiązaną, z którą oferent pozostaje w stałej współpracy gospodarczej. Nowo zaoferowane stelaże to zupełnie inny produkt, innej marki.

- następnym niedoszaczowanym elementem są szafki na sprzęt laboratoryjny wbudowane w stoły. Bezsprzeczne jest fakt, iż zarówno w ofercie pierwotnej jak również tej po pierwszej korekcie, firma ALCHEM zastosowała mniejsze szafki niż te, których wymagał Zamawiający. Poprawne wartości podano dopiero po drugiej zmianie.

- oferta w wersji pierwotnej posiadała długość zabudowy szafkowej [przestrzeni szafkowej] o 8,175 mb mniejszą. Biorąc pod uwagę średnią cenę wykonania 1 mb tego typu zabudowy szafkowej na poziomie 1 300,00 PLN netto można stwierdzić, iż oferta jest niedoszaczona o kwotę 10 627,50 PLN netto (13 071,82 PLN brutto). Jest to ewidentny błąd w obliczeniu ceny.

- brak kilku szafek, które nie zostały w ogóle uwzględnione w pierwotnej ofercie, to także dodatkowy osprzęt, materiał i nakład pracy, który nie został przez wykonawcę uwzględniony w dokonanej wycenie.

- w przedstawionej wycenie Alchem nie uwzględnił kosztu przeniesienia komór laminarnych z budynku PRz w Albigowej do budynku PRz w Rzeszowie. Alchem podała taką samą kwotę 2 400zł za przeniesienie komór laminarnych (3szt) i przeniesienie dygestoriów (12szt).

Biorąc pod uwagę fakt, iż komory laminarne gabarytowo zbliżone są do dygestoriów można przyjąć, że proces logistyczny związany z organizacją i wykonaniem transportu będzie bardzo podobny, dygestoriów jest jednak więcej. Zdaniem Odwołującego, w oferty złożonej dnia 31.05.2019r firma Alchem pominęła proces fumigacji, który jest elementem bardzo kosztownym. Średnia cena rynkowa procesu fumigacji dla jednej komory wynosi ok. 2 500 PLN netto co przy trzech komorach powoduje niedoszaczanie oferty w kwocie 7 500 PLN netto. (9 225,00 PLN brutto). W treści oferty str. 12 Alchem nie wymienił, iż w zakres usługi wchodzi fumigacja.

W wyjaśnieniach z dnia: 17.06.2019r. wykonawca potwierdził co prawda, iż oferta zawiera proces fumigacji, ale biorąc pod uwagę powyższe analizy cenowe i opis przedmiotu oferty z dnia 31.05.2019r., wyjaśnienia te uznać należy za niewiarygodne. Nie ma bowiem takiej możliwości, by usługa fumigacji została uwzględniona w ww. kwocie 2 400 zł, która jest równoważna kwocie transportu pozostałych elementów wyposażenia.

Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Alchem mimo, że oferowana cena jednostkowa za transport dygestorium wraz z procesem fumigacji była rażąco niska. Rażąco zaniżony koszt jednostkowy, przeważał w kryteriach oceny ofert, albowiem globalnie oferty różniła jedynie kwota 4 000 zł. W sytuacji, w której ALCHEM poprawnie wyceniłby koszt przeglądu i fumigacji komór, z całą pewnością wygrałaby oferta BoVi. Podważana cena jednostkowa determinuje zatem cenę całej oferty.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia Oferty ALCHEM. pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu

przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Odwołujący podkreślił, że zmodyfikowana oferta Alchem zawiera identyczne rozwiązania w odniesieniu do rozwiązań proponowanych w ofercie Odwołującego. Alchem, dopiero po otwarciu ofert, zapoznając się z rozwiązaniem technicznym zaproponowanym przez Odwołującego, przyjął tożsame (identyczne) rozwiązania jak zaproponowane w ofercie Odwołującego, do której miał dostęp. Nie jest przy tym możliwe, biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe i zwykły rachunek prawdopodobieństwa, by inny wykonawca nie zaznajomiony z ofertą odwołującego zaproponował dokładnie takie same parametry techniczne oferowanych mebli.

Identyczność oferty dotyczyła następujących elementów:

1. zastosowania dokładnie takiego samego typu stelaży co oferowane przez Odwołującego, pomimo, iż producent POL-LAB oferuje także inne stelaże (o innych wymiarach), których zastosowanie pozwoliłoby na spełnienie kryteriów SIWZ
2. zmiany rozmieszczenie komór zlewozmywaka. Po zmianie zlewy rozmieszczone są symetrycznie po bokach stołów, tak jak w ofercie BoVi, pomimo, iż Zamawiający nie określił w SIWZ położenia komór zlewozmywaka i zmiana ww. parametrów nie była konieczna dla "poprawy" rysunku.
3. zastosowania maskownic z płyty typu MAX, co jest charakterystyczną cechą stołów produkowanych przez firmę BoVi. Zamawiający nie określił w SIWZ, z jakiego materiału mają być wykonane zakończenia stołów, i zmiana ww. parametrów nie była konieczna dla "poprawy" rysunku.

Zdaniem Odwołującego, powielenie zastosowanych rozwiązań przez firmę ALCHEM było tak bezmyślne, że skopiowano nawet elementy [założenia) projektowe, których zamawiający nie definiował w treści SIWZ.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24aa w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp przez "podwójne" wezwanie Wykonawcy do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp, podczas gdy Zamawiający nie powinien ponownie wzywać do przedkładania dokumentów, które spółka przedłożyła mu z własnej inicjatywy przed wezwaniem, Odwołujący podniósł, że poprawne dokumenty przedłożono dopiero na drugim wezwaniu. W orzecznictwie obowiązuje zasada, że samodzielne uzupełnianie dokumentu przez wykonawcę wyczerpuje możliwość skorzystania przez zamawiającego z ponownego uruchomienia instytucji uzupełnienia tego dokumentu. Zamawiający nie był zatem uprawniony do ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentu, w którego posiadaniu się już znajdował. W konsekwencji wszelkie rysunki techniczne przedłożone wraz z pismem z dnia 17 czerwca 2019r. nie powinny być w ogóle brane pod uwagę przy ocenie kwestionowanej oferty.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że termin związania ofertą Odwołującego upłynął 29 czerwca 2019r(sobota), zaś odwołanie zostało wniesione przez tego wykonawcę dnia 1 lipca 2019r. (poniedziałek). Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, iż z uwagi na to, że termin związania ofertą Odwołującego upłynął przed terminem wniesienia odwołania wykonawca utracił status wykonawcy i zachodzi przesłanka z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp skutkująca koniecznością odrzucenia odwołania. Co do zasady krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania został określony w art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zgodnie z kolei z definicją z art. 2 pkt 11 Pzp pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Definicja wykonawcy nie ogranicza kręgu podmiotów, którym można przypisać status wykonawcy, wyłącznie do tych, którzy mają szansę na uzyskanie zamówienia. Dlatego też pomimo upływu terminu związania ofertą po wyborze najkorzystniejszej oferty, okoliczność ta nie stanowi negatywnej przesłanki o charakterze formalnym, uniemożliwiającej takiemu wykonawcy wniesienie odwołania. W analizowanym stanie faktycznym niewątpliwie Odwołujący posiada status wykonawcy, złożył bowiem ofertę

w postępowaniu o zamówienie publiczne, jest nadal zainteresowany udzieleniem przedmiotowego zamówienia publicznego, o czym świadczy fakt złożenia odwołania. Okoliczność upływu terminu związania ofertą nie powoduje utraty statusu wykonawcy i nie niweczy uprawnienia do skorzystania ze środków ochrony prawnej przez tego wykonawcę, szczególnie w sytuacji, gdy z całokształtu okoliczności sprawy wynika, że jest on nadal zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia publicznego. Wobec powyższego wniosek o odrzucenie odwołania został przez Izbę oddalony.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Brak jest podstaw do stwierdzenia, że ewentualne przerwanie terminu związania ofertą lub jego upływ przesądza o braku możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej. W tym stanie faktycznym, Odwołujący jest podmiotem, który dąży do uzyskania zamówienia, wniósł odwołanie a jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Izba podzieliła stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 roku (sygn. akt XXIII Ga 924/14), w którym to wyroku Sąd stwierdził, że upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Przywołać także należy uchwałę KIO z dnia 24 maja 2011 r. o sygn. akt KIO/KD 44/11, w której „wyrażany jest pogląd, iż upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany jako nie skutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z tego postępowania.”

Podkreślić też należy, że żaden przepis prawa nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą nie jest już związany, brak także przepisu, który nakazywałby zawarcie umowy przed upływem terminu związania ofertą. Zatem wyrażenie przez wykonawcę woli w przedmiocie związania ofertą po upływie okresu związania nie stoi na przeszkodzie do zawarcia umowy i tym samym nie uprawnia do uznania, że oferta przestała istnieć. Zauważyć też trzeba, że ustawodawca wiąże możliwość odrzucenia oferty jedynie z brakiem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, czyli z negatywnym oświadczeniem w tym zakresie. Oznacza to, że sam upływ terminu związania ofertą nie wywołuje sankcji z postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 7a Pzp. Powyższe stanowisko potwierdza również postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 roku, sygn. akt SK 22/08, który stwierdził iż „w aktualnie obowiązującym stanie prawnym dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą”

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 20 stołów laboratoryjnych i 3 dygestoriów dla Wydziału Chemii Politechniki Rzeszowskiej oraz przeniesienie 3 komór laminarnych i 2 dygestoriów ceramicznych z budynku Politechniki Rzeszowskiej w Albigowej do budynku Politechniki Rzeszowskiej w Rzeszowie wraz ponownym montażem i uruchomieniem. W Załączniku nr 1 SIWZ Zamawiający podał parametry i wymiary stołów i szafek oraz materiały z jakich powinny być wykonane. Na str. 7 Załącznika nr 1 SIWZ Zamawiający podał związki chemiczne, na które muszą być odporne blaty. Na str. 8 W zakresie przeniesienia komór laminarnych Zamawiający podał, że cena powinna zawierać wykonanie fumigacji i przegląd przed przewiezieniem i po zainstalowaniu komory bezpiecznej pracy mikrobiologicznej, w skład którego wchodzi m.in.: kontrola podstawowa urządzenia, polegająca na sprawdzeniu wizualnym podzespołów komory oraz kompletności podzespołów filtracyjnych, ocena sprawności systemów alarmowych, określenie ilości godzin pracy i lampy UV, badanie szczelności filtra głównego, badanie natężenia przepływu powietrza wewnątrz komory, badanie natężenia przepływu powietrza w barierze, opracowanie raportu z przeglądu.

W ofercie z dnia 30.05.2019r. wykonawca Alchem Grupa Sp. z o.o. (dalej Alchem) na str. 3 podał „wycena szczegółowa w dostawie meble laboratoryjne produkcji Pol-Lab (ceny netto)”. Zamieścił także adres strony internetowej producenta Pol-LAB. W zadaniu nr 1 zaoferował: „przeniesienie komór laminarnych z budynku PRZ w Albigowej do budynku PRZ w Rzeszowie cena 2 400zł”, „przeniesienie dygestoriów ceramicznych z budynku PRZ w Albigowej do budynku PRZ w Rzeszowie cena 2 400zł”.

Do oferty wykonawca Alchem załączył specyfikację techniczną dygestorium 3szt poz. 01. W poz. 07 wskazał na usługę przeniesienia komór laminarnych - usługa dotyczy demontażu i ponownego montażu trzech komór laminarnych na terenie Rzeszowa wraz z przeglądem komór uwzględniającym: kontrolę podstawową urządzenia, polegającą na sprawdzeniu wizualnym podzespołów komory oraz kompletności podzespołów filtracyjnych, ocenę sprawności systemów alarmowych, określenie ilości godzin pracy i lampy UV, badanie szczelności filtra głównego, badanie natężenia przepływu powietrza wewnątrz komory, badanie natężenia przepływu powietrza w barierze, opracowanie raportu z przeglądu. W zakresie wymienionych czynności nie wskazano na proces wykonania fumigacji.

Do oferty wykonawca załączył rysunki techniczne poz. 02 - stołu wyspowego MAX 3200x1400x900 - 16szt, poz. 3 - stołu Max 3200X750x900 - 1szt., poz. 04- stołu Aglodrom 2400x750x900-1 szt, poz. 05 - stołu Aglodrom 2400x600x900-1szt. oraz poz. 06 - stołu Aglodrom 1820x600x900-1 szt.

W dniu 4.06.2019r. Zamawiający wezwał Alchem w trybie art. 26 ust. 1 i ust. 2 Pzp do złożenia dokumentów m.in. potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego przez załączenie opisu urządzeń zawierającego parametry wskazane w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia oraz rysunki techniczne stołów.

W dniu 10.06.2019r. Alchem przedłożył dokumentację techniczno - ruchową dygestorium Aero producenta POL-Lab oraz deklarację zgodności i sprawozdanie z badań. Wykonawca załączył także rysunki stołów takie same jak zawarte w ofercie, przedstawił także taki sam zakres usług w zakresie przeniesienia komór laminarnych.

Pismem z dnia 13.06.2019r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i art. 87 ust.1 Pzp wezwał Alchem do uzupełnienia braków oferty i złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, wskazując, że nie złożono dokumentu potwierdzającego opis urządzeń i rysunki techniczne stołów spełniających wszystkie wymagania Zamawiającego.

W zakresie stołu wyspowego 16szt. - brak jest w każdym stole czterech szafek narożnych zamykanych 180x670x320mm, jednej szafki z szeroką szufladą 720x670x500mm, wymiary szafek są niezgodne z SIWZ. Zamawiający wymagał szafki zlewowej o wymiarach 750x670x500mm, w ofercie zaoferowano szafki o wymiarach 610x670x500mm.

Zamawiający wymagał 10 szafek o wymiarach 360x670x500 w ofercie podano wymiar szafek 310x670 mm.

W zakresie stołu przyściennego o wymiarach 3200x750x900mm do lab. 64 Zamawiający wymagał:

- zaoferowania dwóch szafek zlewowych o wymiarach 520x670x500mm w ofercie podano jedną szafkę dwudrzwiową o wymiarach 980x670mm,

- zaoferowania 5szafek o wymiarach 420X670x500mm w ofercie podano wymiar szafek 400x670mm.

W zakresie stołu przyściennego o wymiarach 2400x750x900mm do lab. 122 Zamawiający wymagał:

- zaoferowania 6 szafek o wymiarach 390X670x500 mm a w ofercie podano wymiar szafek 373x670mm

W zakresie stołu przyściennego o wymiarach 2400x600x900mm lab 235 Zamawiający wymagał:

- zaoferowania 6 szafek o wymiarach 390X670x500 mm a w ofercie podano wymiar szafek 373x670mm,

W zakresie stołu przyściennego o wymiarach 1820x600x900mm lab. 219 Zamawiający wymagał:

- zaoferowania 5 szafek o wymiarach 360X670x500mm w ofercie podano wymiar 335x670 i 333x670mm.

W zakresie przeniesienia komór laminarnych Zamawiający zwrócił uwagę, że w załączonym do oferty opisie wykonawca nie potwierdził, iż oferuje przeprowadzenie procesu fumigacji wymaganego przez zamawiającego.

Zamawiający zwrócił się także o wyjaśnienie czy zaoferowany blat typu MAX posiada odporności na kwas azotowy 65%, fiolet metylowy, fuksynę zasadową, fiolet krystaliczny, fuksynę karbolową. Na rysunku nie określono czy blat ma podniesione obrzeże.

W piśmie z dnia 17.06.2019r. Wykonawca Alchem potwierdził spełnianie wymagań Zamawiającego co do wymiarów stołu wyspowego oraz stołów przyściennych i załączył rysunki techniczne. Odnośnie przeniesienia komór laminarnych wykonawca Alchem potwierdził, że oferta obejmuje proces fumigacji. W zakresie blatu wyjaśnił, że w ofercie omyłkowo opisano blat z żywicy fenolowej typu MAX. Zgodnie z wymaganiami SIWZ oferuje blat gr 20mm wykonany w płyt monolitycznych na bazie żywicy fenolowych, dwustronnie laminowany i utwardzany powierzchniowo wiązką elektronów o wysokiej odporności na zarysowania i ścieranie oraz związku chemiczne w tym: kwas azotowy 65% fiolet metylowy, fuksynę zasadową, fiolet krystaliczny, fuksynę karbolową. Celem potwierdzenia Alchem załączył dodatkowe dokumenty: kartę katalogową produktu: blat laboratoryjny z żywicy fenolowej SPC by Durcon utwardzany metodą EBC, atest higieniczny wyrobu, świadectwo z zakresu higieny radiacyjnej oraz raport czystości mikrobiologicznej o tabelę odporności chemicznej blatów laboratoryjnych w tym SPC by Durcon.

Alchem wyjaśnił także, iż na rysunku 02 stół wyspowy 3200x1400x900 -16szt. określono, że blat posiada podniesione obrzeże na całym obwodzie stołu.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uznanie.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust.1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Z kolei, art. 26 ust. 3 Pzp przewiduje, iż zamawiający wzywa do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień, w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust.1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust.1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości.

Zarówno prawo unijne, jak i prawo krajowe nie dopuszczają sytuacji, w której uzupełnienie i wyjaśnienie dokumentów przedmiotowych, potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego mogłoby doprowadzić do zmiany treści oferty. Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu z dnia 29 marca 2012r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko i inni wskazał, że „zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacji między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Z tego względu instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Ponadto żądanie to nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie do przedstawienia przez oferenta nowej oferty”.

Zdaniem Izby w przedstawionym stanie faktycznym, nie ulega wątpliwości, że pierwotnie złożona przez wykonawcę Alchem oferta była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie szeregu parametrów technicznych przedmiotu zamówienia, które zostały wymienione przez Zamawiającego w piśmie z dnia 13.06.2019r.

Zakres tych niezgodności nie budził wątpliwości wykonawcy Alchem, o czym świadczy to, że wykonawca w udzielonych Zamawiającemu dnia 17.06.2019r. wyjaśnieniach treści oferty dokonał szeregu zmian w przedmiocie zamówienia, które w efekcie miały doprowadzić do zgodności jego oferty z wymaganiami Zamawiającego.

W ocenie Izby, w wyniku złożenia przez wykonawcę Alchem wyjaśnień i uzupełnień z dnia 17.06.2019r. doszło do niedopuszczalnej modyfikacji treści pierwotnie złożonej przez tego wykonawcę oferty. Zmiany te dotyczyły:

- oferowanego blatu - z treści pierwotnej oferty wynikało, że wykonawca Alchem oferuje blat firmy Pol-Lab typu MAX, zaś w wyjaśnieniach zadeklarował blat typu SPC firmy Durcon.
- wymiarów szafek stołów wyspowych - w pierwotnie złożonej ofercie brak było w każdym stole czterech szafek narożnych zamykanych 180x670x320mm, jednej szafki z szeroką szufladą 720x670x500mm, wymiary szafek były niezgodne z SIWZ. Zamawiający wymagał szafki zlewowej o wymiarach 750x670x500mm, w ofercie zaoferowano szafki o wymiarach 610x670x500mm. Zamawiający wymagał 10 szafek o wymiarach 360x670x500 w ofercie podano wymiar szafek 310x670 mm. W wyjaśnieniach złożonych dnia 17.06.2019r. dostosowano wymiary szafek do wymagań Zamawiającego wskazanych w SIWZ oraz dodano brakujące wcześniej szafki.
- wymiarów szafek stołu przyściennego do laboratorium 64 - w pierwotnej ofercie Alchem zaoferował jedną szafkę dwudrzwiową o wymiarach 980x670mm, a Zamawiający wymagał dwóch szafek zlewowych o wymiarach 520x670x500mm. Ponadto w ofercie podano wymiar szafek 400x670mm, a Zamawiający wymagał zaoferowania 5szafek o wymiarach 420x670x500mm W wyjaśnieniach złożonych dnia 17.06.2019r. dostosowano wymiary szafek do wymagań Zamawiającego wskazanych w SIWZ
- wymiarów szafek stołu przyściennego do laboratorium 122 - w pierwotnej ofercie podano wymiar szafek 373x670mm, Zamawiający wymagał zaoferowania 6 szafek o wymiarach 390x670x500 mm a w ofercie
- wymiarów szafek stołu przyściennego do laboratorium 235 - w pierwotnej ofercie podano wymiar szafek 373x670mm, Zamawiający wymagał zaoferowania 6 szafek o wymiarach 390x670x500 mm a w ofercie podano wymiar szafek 373x670mm,
- wymiarów szafek stołu przyściennego do laboratorium 219 - w pierwotnej ofercie podano wymiar 335x670 i 333x670mm, Zamawiający wymagał zaoferowania 5 szafek o wymiarach 360x670x500mm.
- rodzaju stelaży - w pierwotnej ofercie ACHEM ALCHEM oferował stelaż modułowy firmy POL-LAB, w wyniku wyjaśnień zmienił typ i rodzaj oferowanego stelaża, na którym miała opierać się konstrukcja mebli na zupełnie inny produkt, innej marki.

W efekcie oferta w wersji pierwotnej posiadała długość zabudowy szafkowej (przestrzeni szafkowej) o 8,175 mb mniejszą, co niewątpliwie miało wpływ na cenę oferty.

Na skutek udzielonych wyjaśnień treści oferty doszło do wykreowania nowej oferty, a wprowadzone przez wykonawcę zmiany dotyczą szeregu parametrów technicznych oferowanego przedmiotu zamówienia i mają charakter istotny np. zmiana producenta blatu, zmiana wymiarów szafek czy zwiększenie długości zabudowy.

W konsekwencji, uznając że dokonane zmiany treści oferty były niedozwolone, należy stwierdzić, że oferta złożona pierwotnie przez wykonawcę nie odpowiada wymaganiom SIWZ i winna zostać odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Konsekwencją przyjęcia niewłaściwego zakresu przedmiotu zamówienia jest błąd w obliczeniu ceny oferty, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. W uchwale z dnia 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12, zwrócono uwagę, że: „O błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika ze SIWZ. Powyższe wskazuje, że chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekuje zamawiający”.

Jak wskazał Odwołujący na skutek przyjęcia błędnego zakresu przedmiotu zamówienia w ofercie wyceniono o 8,175 mb mniejszą długość zabudowy, co biorąc pod uwagę średnią cenę wykonania 1mb zabudowy na poziomie 1300zł oznacza, że oferta została zaniżona o ok. 13 tys. zł. Ponadto na wycenę miały niewątpliwie wpływ brak ujęcia wszystkich szafek i zmiana rodzaju blatu, stelaża.

Izba oddaliła natomiast zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Alchem mimo, że cena jednostkowa była rażąco niska. Jakkolwiek, słusznym jest także uwaga Odwołującego, że treść pierwotnie złożonej oferty jak również zaproponowanie takiej samej ceny za przeniesienie komór

laminarnych (3szt.), jak i za przeniesienie dygestoriów (12szt.) wraz z dodatkowymi usługami, budzi podejrzenia czy w ramach przeniesienia dygestoriów wykonawca Alchem ujął proces fumigacji to jednak, zdaniem Izby, okoliczność ta przed ewentualnym podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty winna być przedmiotem wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Z uwagi jednak na potwierdzenie się zarzutów co do odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ, Izba nie widzi konieczności przeprowadzenia procedury z art. 90 ust.1 Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Alchem, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa w przypadku podnoszenia zarzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Odwołanie się w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powoduje, iż odrzucenie oferty w oparciu o tą podstawę wymaga podania czynu nieuczciwej konkurencji, który wykonawcy jest przypisywany. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego. Artykuł 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej unzk) stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyny nieuczciwej konkurencji uważa się: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produkcyjne, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby spełniającej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama.

Odwołujący podnosił, że okoliczność iż zmodyfikowana oferta Alchem zawiera identyczne rozwiązania w odniesieniu do rozwiązań w ofercie Odwołującego świadczy o tym, że zaistniał czyn nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Izby, Odwołujący wskazując na powyższe okoliczności nie skonkretyzował jednak jakiego czynu, wymienionego w art. 3 unzk wykonawca się dopuścił lub jakiego rodzaju dobrym obyczajom uchybił. Niezależnie od tego wskazać należy, że sam fakt „powielenia” oferty Odwołującego nie został udowodniony. Zastosowanie identycznych rozwiązań technicznych, materiałów tych samych producentów w obu ofertach nie świadczy jeszcze o tym, że doszło do naruszenia uczciwej konkurencji, tym bardziej, że są to materiały powszechnie dostępne.

Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 24 aa w zw. z art. 26 ust 3 Pzp polegający na „podwójnym” wezwaniu wykonawcy do złożenia dokumentów. W dniu 4.06.2019r. Zamawiający wezwał Alchem w trybie art. 26 ust. 1 i ust. 2 Pzp do złożenia dokumentów m.in. potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, kolejne wezwanie było wystosowane na innej podstawie prawnej tj. art. 26 ust.3 Pzp i art. 87 ust.1 Pzp. Okoliczność samodzielnego złożenia przez wykonawcę wraz z ofertą rysunków nie wyłącza obowiązku zastosowania art. 26 ust. 1 Pzp, zgodnie z procedurą, przewidzianą w przedmiotowym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: