

WYROK

z dnia 23 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2019 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2019 r. przez

Odwołującego - EKO-KONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Gdańsku przy ul. Narwickiej 6 (80-557 Gdańsk)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Grupa LOTOS Spółka Akcyjna z
siedzibą w Gdańsku przy ul. Elbląskiej 135 (80-718 Gdańsk)

przy udziale

Wykonawcy - ILF Consulting Engineers Polska Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Osmańskiej 12 (02-823 Warszawa)
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - EKO-KONSULT Sp. z o.o. z siedzibą w
Gdańsku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr.
(słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem
wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1749/19

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego -
Grupę LOTOS S.A. z siedzibą w Gdańsku na kompleksowe opracowanie Studium

Wykonalności dotyczącego zadania nr 4 Projektu Terminal Przeladunkowy LNG małej skali

w Gdańsku oraz usługi bunkrowania - Projekt CEF-Synergy nr 2016-PL-SA-001 (nr postępowania: WW/GL/ZP-1/2018), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19.04.2019 r., 2019/S 078-186813, wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty własnej, Wykonawca EKO-KONSULT Sp. z o.o. z/s w Gdańsku (dalej

zwany Odwołującym) wniósł w dniu 9 września 2019r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1749/19).

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z/s w Warszawie (dalej zwany ILF).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ILF, której treść nie odpowiada treści siwz, gdyż zawiera termin warunkowy wykonania przedmiotu zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę,
- 2) art. 91 ust. 1 poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z siwz, tj. oferty ILF, której treść zawiera warunek, co do terminu wykonania przedmiotu zamówienia i zawiera rażąco niską cenę,
- 3) art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia odpowiednich dokumentów i oświadczeń,
- 4) art. 8 ust. 1 i 3 poprzez naruszenie zasady jawności postępowania,
- 5) art. 7 ust. 1 poprzez nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, polegające na nieodrzczeniu oferty ILF i jej wybranie jako najkorzystniejszej, mimo iż podlegała ona odrzuceniu oraz zawiera rażąco niską cenę, pozbawienie Odwołującego możliwości przedłożenia nowych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, nakazanie powtórzenia czynności

badania i oceny ofert, nakazanie odrzucenia oferty ILF oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

W dniu 30 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej (ILF) oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Zarzuty jakie podnosi wobec wyboru oferty najkorzystniejszej wynikają z nieprawidłowej - zdaniem Odwołującego - oceny oferty, w której treści zawarto warunek odnośnie terminu wykonania przedmiotu zamówienia i która zawiera rażąco niską cenę.

W oświadczeniu ILF zadeklarowało, iż zrealizuje przedmiot zamówienia w terminie 4,5 miesiąca od podpisania umowy, tj. do 15 listopada 2019 przy założeniu, że umowa zostanie zawarta do 30.06.2019, które zdaniem Odwołującego należy interpretować, jako zastrzeżenie terminu wykonania zamówienia (15.11.2019 r.) pod warunkiem podpisania umowy z Zamawiającym. Oświadczenie to było przedmiotem wyjaśnień Wykonawcy z dnia 11.07.2019 r., w których potwierdził, że w przypadku gdyby umowa o udzielenie zamówienia publicznego została zawarta z HF do 30 czerwca 2019 r., Wykonawca zobowiązał Studio do realizacji przedmiotu zamówienia w terminie 4,5 miesiąca, tj. do dnia 15 listopada 2019 r. Powyższe nie zmienia jednak faktu zobowiązania Wykonawcy do realizacji zamówienia w maksymalnym terminie przewidzianym przez Zamawiającego, tj. do 30 grudnia 2019 r. (...) Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający oceniając ofertę ILF, w kryterium oceny ofert „Termin realizacji” powinien przyjąć datę 30 grudnia 2019 r.

W wyniku wyjaśnień doszło do zmiany terminu wykonania przedmiotu zamówienia, co jest czynnością niedopuszczalną w świetle obowiązujących przepisów jak i ustalonego

orzecznictwa KIO (min. W wyroku KIO z 20.10.2017 r., sygn. akt KIO 2082/17).

Dodane w ofercie oświadczenia dotyczące terminu doprowadziło do niezgodności pomiędzy treścią oferty, a treścią siwz, mającej istotny charakter co jednocześnie powoduje, iż złożona oferta nie ma charakteru stanowczego i jest de facto ofertą niezgodną z siwz. Oferta zawiera wadę niemożliwą do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp.

W wyniku działań Zamawiającego, który zaniechał odrzucenia oferty ILF i dopuścił do zmiany pierwotnej treści oferty, doszło do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu.

Zarzut rażąco niskiej ceny oferty ILF Odwołujący uzasadniał wysokością różnicy pomiędzy ceną (1.129.755,00 zł), a kwotą jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (2.581.845,96 zł), jak również średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert. Wartość oferty ILF stanowi odpowiednio 43,8 % kwoty Zamawiającego i jest niższa o ponad 40% od średniej arytmetycznej zaoferowanych cen. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp z dnia 5.07.2019 r., Wykonawca ILF złożył wyjaśnienia, których treść w całości zastrzegł, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazując na brak zasadności zastrzeżenia wyjaśnień w całości wniósł o ich odtajnienie.

Niezależnie od podniesionych zarzutów dotyczących oferty ILF Odwołujący wskazał na brak podstaw do wykluczenia go z postępowania w związku z brakiem wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, co czyni nieprawidłową czynności odrzucenia jego oferty.

Wykonawca wezwany za pośrednictwem miniPortalu EPUAP do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśnień z przyczyn technicznych (nie otrzymał powiadomienia o złożonym wezwaniu) zapoznała się z pismem dopiero po upływie terminu wyznaczonego do złożenia wyjaśnień, tj. w dniu 29 lipca 2019 r. W piśmie skierowanym do Zamawiającego wskazywał, iż z uwagi na brak winy w uchybieniu wyznaczonego terminu do złożenia wyjaśnień wnosił o ich przyjęcie, ewentualnie wezwanie do ich ponownego udzielenia wraz z odpowiednimi dokumentami w odpowiednim trybie, tj. zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający wykluczył jednak Odwołującego i odrzucił jego ofertę bez wyczerpania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp. Oporując się na samych wyjaśnieniach uznał, iż Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający złożył przed otwarciem posiedzenia, w piśmie z dnia 19 września 2019 r. odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości, ewentualnie jego odrzucenie. Na posiedzeniu prowadzonym z udziałem stron Zamawiający podtrzymując wniosek o odrzucenie odwołania, wskazał na upływ terminu do wniesienia odwołania, który należy liczyć od dnia 23.08.2019 r. - przesłania zawiadomienia o wyniku postępowania. Zamawiający przedstawił dowód doręczenia Odwołującemu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz przyczynach wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty - korespondencję mailową z dnia 23.08.2019 r. oraz przekazaną ponownie w dniu 30.08.2019 r. tą samą korespondencję. Z załączonego potwierdzenia „zgłoszenia” wygenerowanego z ePUAP wynika, iż korespondencja z dnia 23.08.2019 r. skierowana została do odbiorcy na adres skrzynki ePUAP:/eko-konsult/domyślna. Zamawiający na posiedzeniu wyjaśnił, iż w trakcie rozmowy telefonicznej z pracownikiem Odwołującego, który kontaktował się w celu ustalenia co dzieje się w postępowaniu, Zamawiający odesłał Wykonawcę do strony internetowej i ponownie przesłał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zgodnie z pkt 12.1 siwz komunikacja w postępowaniu między Zamawiającym, a Wykonawcami odbywała się przy użyciu miniPortalu ePUAP.

Na podstawie dokumentów elektronicznych, w tym potwierdzenia wygenerowanego z ePUAP Izba ustaliła, iż zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazane drogą elektroniczną w dniu 23.08.2019 r. zostało wysłane na błędny, tj. nie wskazany do korespondencji przez Wykonawcę adres. Zamawiający wysłał pismo na adres skrzynki ePUAP: EKO-KONSULT, tymczasem Wykonawca w ofercie wskazał adres skrzynki do korespondencji na ePUAP: EKO_KONSULT. Dopiero w dniu 30.08.2019 r. Zamawiający skutecznie doręczył Wykonawcy zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu jego oferty przesyłając na właściwą - wskazaną przez Wykonawcę w ofercie, skrzynkę ePUAP. Termin na wniesienie odwołania nie mógł być zatem liczony od dnia 23.08.2019 r., gdyż Odwołujący nie otrzymał informacji od Zamawiającego i dopiero z dniem 30.08.2019 r. rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1

Ustawy. Tym samym odwołanie wniesione w dniu 9.09.2019 r. zostało złożone w terminie.

Przystępujący po stronie Zamawiającego również wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Ustawy uzasadniając wniosek tym, że Odwołujący utracił status wykonawcy w związku z jego wykluczeniem z postępowania i odrzuceniem jego oferty. Odnosząc się do tego wniosku Izba uznała, iż nie mógł być on uwzględniony, gdyż wniesionym odwołaniem Wykonawca zmierza do uchylecia skutków, jakie wynikały z decyzji o jego wykluczeniu z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty. Przyjęcie argumentacji Przystępującego faktycznie oznaczałoby pozbawienie wykonawcy wykluczonego z postępowania lub, którego oferta została odrzucona, prawa do ochrony swoich praw w postępowaniu, w tym do zachowania statusu wykonawcy mogącego uzyskać i zrealizować zamówienie. Do czasu, gdy wykonawca może korzystając z środków ochrony doprowadzić do zmiany sytuacji prawnej, posiada legitymację do składania odwołania, jako podmiot uprawniony z tytułu udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie, odwołanie zostało złożone w terminie, a zatem nie można przesądzić przed rozpoznaniem zarzutów, jaki będzie ostatecznie status Odwołującego w postępowaniu, w tym stwierdzić, iż nie jest uprawniony do wniesienia odwołania.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych

ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było wykluczenie Odwołującego z postępowania, odrzucenie jego oferty oraz dokonanie wyboru oferty konkurencyjnej. Przystępujący kwestionował dopuszczalność uznania, aby Odwołujący mógł być uznany za podmiot mający interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogący ponieść szkodę na skutek czynności podjętych przez Zamawiającego. Formułując wnioski Przystępujący wskazał na brak przedłużenia terminu związania ofertą oraz ważności wadium, które zabezpieczało ofertę.

Zgodnie z pkt 5 siwz wymagane było od wykonawców złożenie wadium zabezpieczającego ofertę do końca okresu związania ofertą (pkt 5.4.1), obejmujące cały okres związania ofertą (pkt 5.6). Zgodnie z pkt 5.7 Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie zabezpieczył jej jedną z dopuszczonych Ustawą form wadium.

W pkt 17.1 siwz Zamawiający ustalili termin związania ofertą wynoszący 60 dni, który rozpoczynał swój bieg wraz z upływem terminu składania ofert ustalonym na 28.05.2019 r., godzina 9:00, a następnie przedłużony do dnia 11.06.2019 r., godzina 9:00. Zgodnie z pkt 17.2 siwz Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin

związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

W dniu 9.08.2019 r. upływał termin związania ofertami, do upływu którego Zamawiający nie wzywał Wykonawców do przedłużenia tego terminu oraz ważności wadium. ILF pismem z dnia 07.08.2019 r. przedłużyło termin związania ofertą o 60 dni i jednocześnie przedłużyło ważność wadium wniesionego w pieniądzu. Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą, jak również nie wydłużył ważności wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej. Tym samym, zgodnie z oświadczeniem złożonym w formularzu oferty w pkt 3 uważał się związany treścią oferty przez okres 60 dni od daty upływu terminu składania ofert. Gwarancja bankowa z dnia 10.06.2019 r. nr GK19-1610002 ważna była do dnia 10.08.2019 r., a zgodnie z jej postanowieniami powinna być zwrócona niezwłocznie przez Zamawiającego jeżeli upłynął termin związania ofertą.

Czynności wobec, których wniesione zostało odwołanie zostały podjęte przez

Zamawiającego w postępowaniu w dniu 23.08.2019 r., czyli już po upływie terminu związania ofertą Odwołującego, a o czynnościach tych Odwołujący został powiadomiony w dniu

30.08.2019 r.

W świetle tych okoliczności należało ocenić, czy spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy do tego, aby móc stwierdzić, czy odwołanie może podlegać rozpoznaniu w zakresie podniesionych w nim zarzutów. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem oceny tej należało dokonać na moment złożenia odwołania, jako środka mającego na celu ochronę praw Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby istotnym było ustalenie, czy na skutek złożonego odwołania może dojść do zmiany sytuacji Wykonawcy w postępowaniu i czy może ono doprowadzić do uchylenia niekorzystnych skutków czynności Zamawiającego. Ponadto, należało ocenić, czy brak przedłużenia terminu związania ofertą pozostaje w związku z zaniechaniem lub czynnością Zamawiającego, która mogłaby zwalniać Wykonawcę z odpowiedzialności za własne zaniechania.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na aktualność prezentowanych w orzecznictwie i doktrynie przed zmianą przepisów też dotyczących konsekwencji, jakie dla oferty niesie brak związania jej treścią - upływ terminu związania ofertą i brak zabezpieczenia oferty wadium. Przeniesienie do art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b Ustawy, jako podstawy do odrzucenia oferty normy wcześniej prowadzącej do wykluczenia z postępowania, nie wpłynęło na zmianę znaczenia, jakie dla oferty rodzi oświadczenie o związaniu ofertą, jak i fakt jego zabezpieczenia wadium. Dla zobrazowania tej kwestii warto wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 3.06.2016 r., sygn. akt X Ga 40/16, w którym czytamy, iż Ustawa dopuszcza możliwość przedłużenia terminu związania ofertą już po otwarciu ofert, co może odbyć się z własnej inicjatywy wykonawcy albo na wniosek zamawiającego. Przy tym wykonawca nie jest ograniczony zarówno co do liczby przedłużenia terminu związania ofertą, jak i co do czasu trwania tego zobowiązania. Po upływie terminu związania ofertą nie jest możliwe przedłużenie tego terminu. Z samej istoty pojęcia przedłużenie wynika, że termin przedłużany nie może upłynąć w chwili jego przedłużenia. W przypadku upływu terminu mowa byłaby raczej o jego przywróceniu lub reaktywacji. Upływ terminu związania ofertą powoduje jej wygaśnięcie, wobec czego nie sposób w takiej sytuacji mówić w ogóle o ofercie, jako wiążącym oferenta oświadczeniu woli o gotowości zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą musi wpłynąć do zamawiającego przed upływem tego terminu. Złożenie oświadczenia po upływie terminu związania ofertą, należy ocenić jako złożenie nowej oferty. Gdy nie zostanie zachowana ciągłość związania ofertą, nie można mówić o skutecznym przedłużeniu terminu związania ofertą. Oświadczenie nie może być dorozumiane, w tym nie może być domniemane z okoliczności przedłużenia ważności wadium, a tym bardziej z okoliczności, że termin ważności wadium upływa później niż termin związania ofertą. Obie instytucje pozostają związane w ten sposób, że nie jest wystarczające przedłużenie ważności wadium bez wydłużenia terminu związania ofertą. Dlatego nie można uznać, że skutki wydłużenia ważności wadium rozciąga się na wydłużenie terminu związania ofertą. Jeżeli koniec terminu nie wiąże się z obowiązkiem dokonania określonej czynności to przepis art. 115 k.c. nie ma zastosowania. Upływ terminu związania ofertą nie wiąże się z obowiązkiem dokonania jakiegokolwiek czynności, zatem nie ma powodów, aby przedłużać go do dnia następnego, jeżeli upływa w dzień ustawowo wolny od pracy.

W ocenie Izby, po stronie Odwołującego spoczywa odpowiedzialność za oświadczenie własne złożone w ofercie, w tym dotyczące terminu związania ofertą. Jeżeli zatem, jak miało to miejsce w tym postępowaniu, Zamawiający nie korzystał z uprawnienia do żądania wydłużenia terminu związania ofertą, Wykonawca chcąc pozostać związany treścią oferty powinien przed upływem terminu, stosowne oświadczenie złożyć Zamawiającemu. Brak tego oświadczenia oznaczał, iż oferta przestała wiązać, a tym samym nie można było przyjąć, iż pozostawała ona aktualna co do złożonego zobowiązania w momencie podejmowania dalszych czynności w postępowaniu. W niniejszej sprawie sytuacja ta nabrała szczególnego znaczenia, gdyż złożone odwołanie nie mogło odnieść skutku w postaci przywrócenia oferty Odwołującego do oceny. Nawet jeżeli uznać, iż Wykonawca posiadał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ważną ofertę, to składając odwołanie tego interesu już nie mógł wykazać. Dotyczy to również przesłanki szkody, która w tym postępowaniu nie mogła być wywołana czynnościami Zamawiającego. To wykonawca swoją nieuwagą lub zamierzoną wcześniej rezygnacją z ubiegania się o zamówienie zaniechał przedłużenia terminu związania ofertą, co było równoznaczne z brakiem wpływu dalszych czynności w postępowaniu na sytuację tego Wykonawcy.

W tej sytuacji złożenie odwołania nie mogło służyć ochronie praw Wykonawcy w postępowaniu, z udziału w którym oferta została wyłączona na skutek braku staranności

podmiotu składającego ofertę. Choć formalnie art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b Ustawy nie był podstawą decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, to okoliczności wskazane powyżej Izba zobowiązana była uwzględnić badając dopuszczalność odwołania w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Ustawy.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu bez oceny zasadności zarzutów skierowanych wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania i stanowiącej tego konsekwencję czynności odrzucenia jego oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4

. Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. Zamawiający nie złożył wniosku o zwrot kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym.

Przewodniczący:.....