Sygn. akt KIO 1685/19

WYROK

z dnia 16 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę: Doosan Babcock Energy Polska S.A., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa

przy udziale wykonawcy: P.P.U.H. ELEKTROMONT Sp. z o.o., ul. Podmiejska 81A, 44-207 Rybnik - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża: wykonawcę: Doosan Babcock Energy Polska S.A., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Doosan Babcock Energy Polska S.A., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik 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, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu

Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1685/19

Zamawiający - PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie przeglądów, konserwacji, usuwanie usterek oraz wykonywanie badań i pomiarów generatorów, wzbudnic i transformatorów w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział w Rybniku” (numer referencyjny: 1001180100), na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp", „ustawa" lub „Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia z dnia 26 kwietnia 2019 r., numer 2019/S 082-196048.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący - Doosan Babcock Energy Polska S.A. z siedzibą w Rybniku - wniósł w dniu 30 sierpnia 2019 r. odwołanie od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego w postaci zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez spółkę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "ELEKTROMONT" sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (dalej: ELEKTROMONT) oraz dokonania wyboru oferty ELEKTROMONT jako najkorzystniejszej.

Czynnością Zamawiającego niezgodną z przepisami ustawy jest zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez spółkę ELEKTROMONT oraz zaniechanie wykluczenia ww. podmiotu z postępowania o udzielenie zamówienia i dokonania wyboru oferty ELEKTROMONT jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wezwania ELEKTROMONT do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty ELEKTROMONT i zaniechanie jej odrzucenia, pomimo, że nie odpowiadała ona warunkom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz bezzasadne dokonanie przez Zamawiającego poprawy innej omyłki w treści oferty powodującej jej niezgodność z SIWZ, pomimo że doprowadziła ona do istotnej zmiany treści oferty ELEKTROMONT.

2) art. 89 ust. 1 pkt 7a i 8 w związku z art. 85 ust. 2 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 66 § 2 k.c. przez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy i zaniechanie jej odrzucenia, pomimo że w dniu dokonania wyboru oferty ELEKTROMONT upłynął termin związania ofertą Wykonawcy określony w ofercie z dnia 31 maja 2019 r. na 60 dni, który nie został przez ELEKTROMONT przedłużony.

3) art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy i zaniechanie jej odrzucenia,

pomimo że ze względu na zaniżenie cen jednostkowych i łącznej ceny oferowanej przez ELEKTROMONT złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;

4) art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy i zaniechanie jej odrzucenia, pomimo że zaoferowana przez ELEKTROMONT cena jest rażąco niska, a ponadto poprzez zaniechanie wezwania ELEKTROMONT przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w ramach, której Zamawiający

dokona odrzucenia oferty ELEKTROMONT,

3) ewentualnie w przypadku stwierdzenia wyłącznie naruszenia przepisów wymienionych w pkt 4 o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej przez Zamawiającego,

4) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w ramach, której Zamawiający wezwie ELEKTROMONT do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i dokona odrzucenia oferty ELEKTROMONT.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności oferty wraz z załącznikami złożonej przez ELEKTROMONT oraz ofert pozostałych wykonawców.

Interes we wniesieniu odwołania - Odwołujący wskazał okoliczności świadczące o spełnieniu przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając odwołanie i naruszenia zarzucanych czynności Zamawiającego, Odwołujący wskazał na następujące kwestie.

I. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 Pzp

Wykonawca ELEKTROMONT złożył formularz ofertowy, w którym w pkt IV ppkt 1.7. lit. c zaoferował dwunastomiesięczną gwarancję na wykonane powłoki antykorozyjne i lakiernicze. Takie oświadczenie pozostawało w sprzeczności w § 7 ust. 4 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, który wymagał udzielenia trzydziestosześcio- miesięcznej gwarancji w ww. zakresie. Na wezwanie Zamawiającego do udzielenia przez Wykonawcę wyjaśnień, zawarte w piśmie z dnia 27 czerwca 2019 r., ELEKTROMONT w piśmie z dnia 27 czerwca 2019 r. potwierdził, że treść oferty nie odpowiada SIWZ powołując się na rzekomą omyłkę pisarską. Z uwagi na powyższe, oferta złożona przez ELEKTROMONT była niezgodna z treścią SIWZ i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, powinna zostać odrzucona, natomiast zamieszczone w piśmie ELEKTROMONT z dnia 27 czerwca 2019 r. zmienione brzmienie pkt IV ppkt 1.7. lit. c formularza oferty powinno było zostać potraktowane, jako niedopuszczalna zmiana treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający, zamiast odrzucić ofertę Wykonawcy, postanowił poprawić niezgodność

oferty z SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czym naruszył przepis ustawy.

W ocenie Odwołującego zastosowanie przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp było nieprawidłowe z następujących powodów.

W pierwszej kolejności, Odwołujący zakwestionował, że określenie czasu gwarancji na wykonane powłoki antykorozyjne i lakiernicze w ogóle powinno być interpretowane w kategorii omyłki. Zdaniem Odwołującego zamieszczone w treści formularza oferty oświadczenia stanowiły przejaw przemyślanego i zamierzonego działania Wykonawcy. Nie można przyjmować z góry, że każda niezgodność oferty z SIWZ stanowi omyłkę, ponieważ prowadziłoby to do wypaczenia ratio legis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Natomiast z wyjaśnień udzielonych przez ELEKTROMONT nie sposób wywnioskować dlaczego niezgodność oferty z SIWZ miałaby być akurat omyłką zwłaszcza, że żaden z dokumentów składających się na treść oferty nie uzasadnia takiej tezy. W tym kontekście Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2017 r. w sprawie KIO 1083/17, gdzie podkreślono, że przede wszystkim omyłki powinny być niezamierzone przez wykonawcę, a z drugiej strony przyjmuje się również, że zamawiający powinien móc we własnym zakresie ustalić sposób poprawienia oferty. W analizowanej sprawie sposób poprawienia omyłki nie wynikał z możliwości samodzielnego działania Zamawiającego, ale z oświadczenia ELEKTROMONT, które de facto - co podkreślono wyżej - stanowiło zmianę treści oferty w toku badania i oceny ofert. Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę na to, że o tym, że niezgodność treści oferty z SIWZ stanowi omyłkę nie może wpływać zawarte w formularzu ofertowym oświadczenie o zgodności oferty z SIWZ, co podkreśliła KIO w wyroku z dnia 14 lutego 2018 r. w sprawie KIO 146/18.

Odwołujący podkreślił, że z całokształtu dokumentacji złożonej przez ELEKTROMONT nie wynika, aby gwarancja na powłoki antykorozyjne i lakiernicze miała być udzielona na inny okres niż wskazany w formularzu ofertowym, a już w szczególności, aby ten okres miał wynosić 36 miesięcy. Pierwsza informacja na ten temat pojawiła się ze strony Wykonawcy dopiero w piśmie z dnia 27 czerwca 2019 r., które nie mogło skutecznie doprowadzić do

zmiany oferty. Wyrok z dnia 8 stycznia 2018 r. w sprawie KIO 2669/17.

Po drugie, poprawienie niezgodności oferty z treścią SIWZ było niezgodne z przepisami, ponieważ doprowadziło do istotnej zmiany oferty. Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 Pzp pozwala wyłącznie na dokonanie poprawy innej omyłki, jeżeli nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. W orzecznictwie przyjmuje się, że powyższe określenie ma charakter nieostry i powinno być każdorazowo odnoszone do okoliczności sprawy i skutków, jakie wywoła zmiana. Dla przykładu wyrok KIO z dnia 9 lipca 2015 r. w sprawie KIO 1346/15, z dnia 12 października 2017 r. w sprawie KIO 1998/17.

Biorąc pod uwagę rozmiar zmiany, czyli trzykrotne wydłużenie okresu gwarancji nie można dojść do innego wniosku niż ten, że zmiana ma charakter bardzo istotny, skoro znaczącemu wydłużeniu ulega zakres zobowiązania wykonawcy. Bez wątpienia również czas

ochrony gwarancyjnej, w przypadku przedmiotu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, ma kapitalne znaczenie i nie może być traktowany jako zobowiązanie mniej istotne. Okres udzielonej gwarancji świadczy pośrednio o jakości usług oferowanych przez gwaranta. Tym samym wprowadzona przez Zamawiającego poprawa oferty rażąco narusza art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp powodując istotną zmianę treści oferty.

W ocenie Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego zmiana doprowadziła do dostosowania treści oferty do wymagań Zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów Zamawiającego,

choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie dawało takich podstaw. Takie działanie jest jednak niedopuszczalne, co KIO potwierdziła w wyroku z dnia 11 lipca 2018 r. w sprawie KIO 1248/18. Natomiast przeprowadzona zmiana - w ocenie Odwołującego była wynikiem niedopuszczalnych negocjacji pomiędzy ELEKTROMONT i Zamawiającym oraz wyręczenia Wykonawcy przez Zamawiającego w konstruowaniu treści oferty w zgodzie z SIWZ. Wyrok z

dnia 23 maja 2016 r. w sprawie KIO 749/16.

II. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a i 8 w związku z art. 85 ust. 2 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 66 § 2 k.c.

Wykonawca ELEKTROMONT w ofercie z dnia 31 maja 2019 r. zaznaczył, że jest nią związany przez okres 60 dni (pkt 4 ppkt 1.8). Okres związania ofertą nie został przez Wykonawcę przedłużony (nie przedłużono również ani nie wniesiono nowego wadium), co powinno skutkować brakiem możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i powinno prowadzić

do jej odrzucenia.

Wskutek braku przedłużenia terminu związania, oferta złożona przez ELEKTROMONT mogła mieć jedynie znaczenie historyczne i nie powinna być brana pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej (wyrok KIO z dnia 26 października 2016 r., KIO 2099/16).

Instytucja związania ofertą służy temu, aby wykonawca, który złoży ofertę, nie mógł się z niej wycofać. W przeciwnym wypadku działania zamawiającego są obarczone dużą dozą ryzyka, że wybrany wykonawca nie tylko uchyli się od zawarcia umowy, ale także z tego tytułu nie poniesie żadnych materialnych konsekwencji ponieważ złożone przez wykonawcę wadium przestało obowiązywać. Taka sytuacja może doprowadzić u zamawiającego do np. niewykonania zamówienia, możliwości utraty uzyskanych na realizację przedmiotu zamówienia środków finansowych, bądź potrzebę wyboru droższej oferty, a nie tej wybranej pierwotnie, jako najkorzystniejszej. ELEKTROMONT, na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp, posiadał uprawnienie do przedłużenia okresu związania ofertą, lecz tego nie uczynił. Jeżeli wykonawca chce dalej ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, powinien złożyć w tym zakresie jednoznaczne oświadczenie zamawiającemu, co zrobił Odwołujący. Jeżeli natomiast wykonawca nie wyraża takiej woli, może to wyraźnie zamawiającemu oświadczyć lub powstrzymać się od podejmowania jakichkolwiek działań. W tym przypadku ELEKTROMONT nie wyraził woli dalszego związania ofertą, a więc w ten sposób dał wyraz, że nie chce zawierać umowy opartej o złożoną ofertę. Tym samym zwolnił się z zobowiązania, odmawiając dalszego uczestniczenia w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego skutki wygaśnięcia związania ofertą nie powinny być tylko rozpatrywane na gruncie przepisów Pzp, ale także na podstawie przepisów prawa cywilnego, w tym przypadku art. 66 § 2 k.c. Wspólna interpretacja art. 85 Pzp oraz art. 66 § 2 k.c. prowadzi do wniosku, że wybór oferty najkorzystniejszej powinien nastąpić w okresie związania ofertą. Upływ okresu związania powoduje, że oferta przestaje wiązać wykonawcę, a w konsekwencji uprawniony jest wniosek, że oferta wygasa. Stan związania ofertą jest bowiem konstruktywnym elementem oświadczenia woli zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak dokonania wyboru oferty w okresie związania powoduje, że oferta ta wygasa i nie może być wybrana.

Odwołujący w tym zakresie w pełni podzielił argumentację Izby zawartą w wyroku z dnia 21 sierpnia 2017 r. w sprawie KIO 2155/16.

Podniósł, że w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych również wskazano, że w razie nieprzedłużenia okresu związania ofertą przez wykonawcę, niezależnie czy na żądanie zamawiającego, czy z własnej inicjatywy wykonawcy, oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7a Pzp - nieprzedłużenie tego terminu w obu przypadkach jest równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też, używając terminologii ustawy, niewyrażaniem przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Przepis ten nie powinien sprawiać problemów interpretacyjnych, a ewentualna odmienna jego wykładnia może wynikać jedynie z błędnego rozumienia znaczenia i celu tej regulacji (Informator Urzędu Zamówień Publicznych lipiec - wrzesień 2017, strony 23-27). Analogiczne stanowisko było prezentowane m.in. również w wyrokach KIO: z 27 lipca 2015 r. KIO 1470/15, z 26 maja 2014 r. KIO 883/14, KIO 900/14, KIO 904/14, KIO 905/14, z 2 sierpnia 2016 r. KIO 1333/16.

Odwołujący stwierdził, że w konsekwencji należy przyjąć, że oferta ELEKTROMONT powinna zostać odrzucona z tego względu, że upłynął termin związania nią wykonawcy.

III. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący wskazał, że spora część cen jednostkowych zaoferowanych przez ELEKTROMONT zamieszczonych w katalogu cen jednostkowych będącym załącznikiem nr 4 (1 c) do oferty, które posłużyły do obliczenia wartości oferty i tym samym wyboru tejże oferty jako najkorzystniejszej, zostało rażąco zaniżonych. Wskazał na:

1) pkt 3 katalogu - Rozszynowanie i zszynowanie strony 15,75kV od strony transformatorów blokowego i zaczepowego (kompleksowo) cena zaoferowana przez ELEKTROMONT to 1

710,01 zł, natomiast ceny pozostałych wykonawców to 6 223,00 zł (Odwołujący) i 6 000,00 zł (Elektrobudowa);

2) pkt 4 katalogu - Rozszynowanie i zszynowanie strony 6kV od strony transformatora zaczepowego (uzwojenie DNl i DN2) - cena zaoferowana przez ELEKTROMONT to 1 367,91 zł, natomiast ceny pozostałych wykonawców to 7 086,00 zł (Odwołujący) i 4 000,00 zł (Elektrobudowa);

3) pkt 5 katalogu - Rozszynowanie i zszynowanie strony 6kV od strony transformatora potrzeb ogólnych (komplet dla jednego transformatora) - cena zaoferowana przez ELEKTROMONT to 1 368,58 zł, natomiast ceny pozostałych wykonawców to 7 086,00 zł (Odwołujący) i 4 000,00 zł (Elektrobudowa);

4) pkt 8 katalogu - Kontrola szczelności kadzi, radiatorów, izolatorów i obiegu olejowego, sprawdzenie i dokręcenie połączeń kołnierzowych, usunięcie drobnych nieszczelności olejowych (dla jednego transformatora) - cena zaoferowana przez ELEKTROMONT to 2 052,31 zł, natomiast ceny pozostałych wykonawców to 7 939,00 zł (Odwołujący) i 15 840,00 zł (Elektrobudowa);

5) pkt 9 katalogu - Sprawdzenie i dokręcenie połączeń śrubowych torów prądowych (komplet śrub jednego połączenia śrubowego toru prądowego) - cena zaoferowana przez ELEKTROMONT to 1 626,18 zł, natomiast ceny pozostałych wykonawców to 4 150,00 zł (Odwołujący) i 5 000,00 zł (Elektrobudowa);

6) pkt 15 katalogu - Czyszczenie izolatorów przepustowych transformatora blokowego (komplet izolatorów w transformatorze) - cena zaoferowana przez ELEKTROMONT to 1 668,62 zł, natomiast ceny pozostałych wykonawców to 4 763,00 zł (Odwołujący) i 14 400,00 zł (Elektrobudowa);

7) pkt 16 katalogu - Czyszczenie izolatorów przepustowych transformatora zaczepowego (komplet izolatorów w transformatorze) - cena zaoferowana przez ELEKTROMONT to 1 668,07 zł, natomiast ceny pozostałych wykonawców to 4 345,00 zł (Odwołujący) i 9 600,00 zł (Elektrobudowa);

8) pkt 23 katalogu - Odpowietrzenie transformatora; radiatorów, izolatorów przepustowych (jeden transformator) cena zaoferowana przez ELEKTROMONT to 341,88 zł, natomiast ceny pozostałych wykonawców to 5 413,00 zł (Odwołujący) i 10 800,00 zł (Elektrobudowa);

9) pkt 25 katalogu - Wykonanie drobnych poprawek malarskich na kadzi transformatora (komplet dla jednego transformatora) - cena zaoferowana przez ELEKTROMONT to 855,69 zł, natomiast ceny pozostałych wykonawców to 6 495,00 zł (Odwołujący) i 3 000,00 zł (Elektrobudowa);

10) pkt 29 katalogu - Wymiana źródeł światła w obudowie dźwiękochłonnej (jedna sztuka) - cena zaoferowana przez ELEKTROMONT to 43,24 zł, natomiast ceny pozostałych wykonawców to 638,00 zł (Odwołujący) i 1 000,00 zł (Elektrobudowa);

11) pkt 43 katalogu - Czyszczenie izolacji szynoprzewodów strony 15,75kV (kompleksowo, cały szynoprzewód, 3-fazy) - cena zaoferowana przez ELEKTROMONT to 2 052,55 zł, natomiast ceny pozostałych wykonawców to 10 267,00 zł (Odwołujący) i 20 000,00 zł (Elektrobudowa);

12) pkt 46 katalogu - Wymiana źródeł oświetlenia w oprawach EX w obrębie generatora (jedna sztuka) - cena zaoferowana przez ELEKTROMONT to 42,68 zł, natomiast ceny pozostałych wykonawców to 765,00 zł (Odwołujący) i 1 000,00 zł (Elektrobudowa).

Nawet pobieżna analiza ww. stawek przedstawionych przez wykonawców musi prowadzić do wniosku, że ceny zaproponowane przez ELEKTROMONT zostały sztucznie zaniżone i nie jest możliwa sytuacja na rynku, kiedy jeden z podmiotów konkurencyjnych oferuje stawki tak bardzo odbiegające od konkurentów. Odwołujący podkreślił, że w najbardziej skrajnych przypadkach stosunek ceny ELEKTROMONT do średniej wartości złożonych ofert wynosi kilka procent (np. pkt 12 to 7%, pkt 10 to 8%, pkt 8 to 6%). Zdaniem Odwołującego powyższe stawki jednostkowe zostały celowo zaniżone poniżej rynkowych cen i realnych kosztów wykonania usług, do których zostały przyporządkowane wyłącznie w celu

korzystniejszego wyliczenia ceny ofertowej. Odwołujący wskazał, że wykonanie prac wymienionych powyżej za stawki zaproponowane przez ELEKTROMONT jest niemożliwe, mają one więc charakter nierealny. Z pewnością działanie ELEKTROMONT miało na celu i doprowadziło do korzystniejszej kalkulacji łącznej ceny oferty, co bezpośrednio wpłynęło na wynik postępowania i klasyfikację ofert poszczególnych wykonawców.

Takie działanie musi być ocenione jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z pewnością działanie ELEKROMONT jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i zagraża interesom innych podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że działanie wykonawcy nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09 Sąd Najwyższy wskazał, że art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej

konkurencji (np. w wyroku KIO z dnia 11 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2786/15). Wyrok z

dnia 17 listopada 2016 r. KIO 2091/16. Jednocześnie w orzecznictwie Izby przyjmuje się, że za czyn nieuczciwej konkurencji można między innymi uznać manipulację przez wykonawcę cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w sytuacji gdy zaoferowane ceny jednostkowe są nierynkowe, nierealne i nakierowane wyłącznie na

uzyskanie lepszej punktacji (np. w wyrokach Izby: z 27 czerwca 2018 r. KIO 1164/18; z 28 marca 2017 r. KIO 473/17; z 18 stycznia 2013 r. KIO 7/13; z 14 czerwca 2013 r. KIO 1240/13,

KIO 1246/13, KIO 1248/18; z 26 września 2012 r. KIO 1934/18; z 5 kwietnia 2011 r. KIO 640/11). Podobne stanowisko zostało wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Kontrola UZP nr UZP/DKD/KND/14/13).

IV. Naruszenie art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp

Z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu opisanego w pkt III powyżej, Odwołujący wskazał, że zaproponowanie przez ELEKTROMONT stawek za usługi wymienione powyżej i łącznej ceny powinno doprowadzić do wezwania Wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający jednak tego nie uczynił, czym naruszył ww. regulację. Natomiast stwierdzenie, że cena i poszczególne stawki zaproponowane przez ELEKTROMONT są rażąco zaniżone powinno prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok KIO z dnia 21 listopada 2017 r. KIO 2347/17.

Wskazał, że argumentacja w zakresie rażąco niskiej ceny została szczegółowo przedstawiona w pkt III powyżej, więc raz jeszcze podkreślił, że cena zaproponowana przez ELEKTROMONT, jak i znakomita część jej składowych, jest nierealna, nierynkowa i nie umożliwia prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego, oferta ELEKTROMONT powinna zostać odrzucona z dwóch niezależnych od siebie przyczyn, co stanowi o naruszeniu przepisów Pzp przez Zamawiającego. W takim stanie rzeczy wybór oferty ELEKTROMONT, jako najkorzystniejszej był niedopuszczalny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, z dnia 10 września 2019 r., wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu wskazał, jak niżej.

I. Stan faktyczny

1) 26 kwietnia 2019 r. Zamawiający ogłosił postępowanie i dokonał publikacji SIWZ wraz z załącznikami oraz ogłoszeniem.

2) Wykonawca P.P.U.H. ELEKTROMONT Sp. z o.o., dalej: „Elektromont" lub „Przystępujący" za pośrednictwem platformy zakupowej eB2B złożył ofertę, w treści której oświadczył, że akceptuje treść załączonego do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej: „SIWZ" Wzoru Umowy wraz ze wszystkimi załącznikami (pkt IV ppkt 1.6. Formularza Oferty).

Jednocześnie Przystępujący w pkt IV ppkt 1.7. c) Formularza Oferty wskazał, że udziela 12 miesięcznej gwarancji i rękojmi na wykonane powłoki antykorozyjne i lakiern icze, co stoi w sprzeczności z § 7 ust. 7.4 Projektu Umowy, zgodnie z którym Zamawiający wymagał udzielenia 36 miesięcznej gwarancji i rękojmi na wykonane powłoki antykorozyjne i lakiernicze. W związku z powyższym Zamawiający dnia 27 czerwca 2019 r. zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Przystępujący złożył wyjaśnienia wskazując, że w pkt IV ppkt 1.7. c) Formularza Oferty nastąpiła omyłka polegająca na błędnym wskazaniu, że Przystępujący udziela 12 miesięcznej gwarancji na wykonane powłoki antykorozyjne i lakiernicze, jednocześnie oświadczając, że udziela 36 miesięcznej gwarancji. Dnia 3 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował o poprawieniu omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

3) W dniu 30 sierpnia 2019 r. Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty Doosan jako najkorzystniejszej, także zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający nie zgadzając się z postawionymi zarzutami i wskazał, co następuje.

II. Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego i zaniechanie jej odrzucenia, pomimo że nie odpowiadała ona warunkom SIWZ oraz bezzasadne dokonanie przez Zamawiającego poprawy innej omyłki w treści oferty powodującej jej niezgodność z SIWZ, pomimo że doprowadziła ona do istotnej zmiany treści oferty Przystępującego.

1) Zamawiający wskazał, że zarzut ten jest niezasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

2) Zamawiający podniósł, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie tylko dopuszcza możliwość dokonania poprawek w zakresie omyłek w treści oferty polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, co wręcz zobowiązuje Zamawiającego do podjęcia działań w tym zakresie. Przed dokonaniem poprawki w zakresie omyłki w treści oferty Zamawiający, korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Przystępującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień treści oferty.

Po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień, Zamawiający wypełniając ustawowy obowiązek dokonał poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Za przyjęciem, że wskazanie przez Przystępującego w treści Formularza Oferty informacji o udzieleniu 12 miesięcznej gwarancji, przy jednoczesnym złożeniu oświadczenia o akceptacji treści Projektu Umowy, stanowi omyłkę, przemawia przede wszystkim fakt, że Przystępujący nie zgłaszał uwag do Projektu Umowy, co jednoznacznie dowodzi tego, że akceptował jej treść. Ponadto Przystępujący przedłożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, nie budzi wątpliwości fakt, że Przystępujący wyrażał wolę otrzymania i realizacji zamówienia przy jednoczesnej akceptacji warunków ustalonych przez Zamawiającego.

3) Zamawiający uznał argumentację Odwołującego za błędną i całkowicie niezasadną z uwagi na fakt, że dokonana w treści oferty poprawka omyłki nie miała charakteru istotnej zmiany. Jak słusznie zauważył Odwołujący - w orzecznictwie przyjmuje się, że pojęcie istotnych zmian w treści oferty powinno być każdorazowo odnoszone do okoliczności sprawy i skutków, jakie wywoła zmiana. Odwołujący pominął jednak fakt, że zmiana polegająca na określeniu długości okresu gwarancji na elementy, stanowiące marginalny fragment wartości zamówienia, nie może być zakwalifikowana jako istotna zmiana treści oferty, gdyż skutki jakie wywołuje mają znikome znaczenie w kontekście całokształtu, zarówno warunków realizacji zamówienia, jak i wartości przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że wbrew twierdzeniom Doosana wartość wykonywanych w ramach zamówienia powłok antykorozyjnych i lakierniczych wynosi zaledwie 1,5% wartości całego zamówienia.

Nieracjonalne i sprzeczne z zasadami logiki pozostaje stwierdzenie, że Przystępujący wyrażający wolę otrzymania zamówienia, mógłby celowo wskazywać niezgodny z Projektem Umowy okres gwarancji i rękojmi, ryzykując tym samym, że jego oferta zostanie odrzucona. Kolejnym argumentem przemawiającym za tym, że zmiana nie może być kwalifikowana jako istotna zmiana treści oferty, jest fakt, że okres gwarancji i rękojmi na którąkolwiek z usług wykonywanych w ramach zamówienia nie został ustanowiony przez Zamawiającego jako kryterium oceny ofert, a co za tym idzie był okolicznością nie mającą wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej.

4) Podkreślił, że przed nowelizacją ustawy Pzp do dnia 24 października 2008 r. art. 88 ustawy Pzp ustanawiał katalog zamknięty możliwych do sprostowania omyłek. Ustawodawca zdecydował się jednak na rozszerzenie zakresu możliwych do poprawienia omyłek poprzez

ustanowienie katalogu otwartego omyłek podlegających poprawieniu, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że nie może to prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Zgodnie z poglądem dominującym w orzecznictwie intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2018 r. sygn. akt KIO 302/18). W przedmiotowej sprawie brak jest podstaw, by sądzić, że dokonana przez Zamawiającego zmiana w treści oferty powoduje zniekształcenie woli wykonawcy, bowiem zgodne z wolą Przystępującego była akceptacja treści Projektu Umowy, co Przystępujący potwierdził zarówno poprzez złożenie oświadczenia w tym zakresie, jak i poprzez złożenie wyjaśnień do treści oferty.

5) Mając na uwadze stan faktyczny sprawy, nie powinno budzić wątpliwości, że intencją Przystępującego było złożenie oferty zgodnej z treścią SIWZ, lecz omyłkowo wskazał on okres gwarancji na jeden z elementów stanowiących przedmiot zamówienia w sposób nieodpowiadający treści Projektu Umowy. Zamawiający wyjaśnił, że skorzystanie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy może mieć miejsce gdy niezgodność z SIWZ ma charakter nieusuwalny. W przypadku oferty Przystępującego nie ma do czynienia z taką niezgodnością. Niezgodność w ofercie Elektromont była zauważalna przez członków Komisji Przetargowej. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie i po ich uzyskaniu dokonał poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wbrew stanowisku Doosan Zamawiający nie zastąpił Przystępującego w dokonaniu wykładni jego oświadczenia woli jakim jest oferta, a jedynie dokonał ustalenia właściwej treści oświadczenia, które chciał złożyć Elektromont. Wprowadzone zmiany mają marginalne znaczenie dla przedmiotu zamówienia wbrew twierdzeniom Doosan. Dlatego odrzucenie oferty Przystępującego z powodu omyłkowo wpisanej nieprawidłowej wartości gwarancji na śladowy zakres prac w sposób całkowicie nieuprawniony mogłoby wyeliminować z postępowania najkorzystniejszą ofertę. Zamawiający w pełni podzielił stanowisko zawarte w wyroku KIO z dnia 29 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 60/19.

III. Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a i 8 w związku z art. 85 ust. 2 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 66 § 2 k.c. poprzez dokonanie wyboru oferty Elektromont i zaniechanie jej odrzucenia, pomimo że w dniu dokonania wyboru oferty upłynął termin związania ofertą wykonawcy określony w ofercie, który nie został przedłużony.

1) Zamawiający wskazał, że zarzut ten jest niezasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

2) Zamawiający był uprawniony do wyboru oferty Przystępującego pomimo upływu terminu związania ofertą. Przepisy ustawy Pzp nie określają wprost, jakie są skutki upływu terminu związania ofertą. Jedynym przepisem, regulującym częściowo tę kwestię jest art. 89 ust. 1

pkt 7a ustawy Pzp, który wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Przepis ten ma jednak zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy zamawiający zwrócił się do wykonawcy z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i takiej zgody nie otrzymał. Art. 89 ust. 1 ustawy Pzp jako przepis mający charakter sankcyjny nie może być interpretowany rozszerzająco. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wystąpił z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, lecz żaden przepis ustawy nie nakłada na Zamawiającego obowiązku w postaci wystąpienia z powyższym wnioskiem.

Zamawiający, będąc dysponentem postępowania, samodzielnie decyduje o dokonaniu bądź niedokonaniu powyższej czynności. Brak jest regulacji prawnych, które wskazywałyby na to, że upływ terminu związania ofertą powoduje jej nieważność lub niezgodność z przepisami prawa. Zatem upływ terminu związania ofertą nie może stanowić przeszkody w uznaniu danej oferty za najkorzystniejszą w postępowaniu i w konsekwencji w zawarciu umowy. Problem zauważył również ustawodawca, gdyż w projekcie nowej ustawy Pzp wprowadzono obligatoryjne jednorazowe wezwanie wykonawcy do przedłużenia terminu składania oferty (art. 220 ust. 3 projektu ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 21 czerwca 2019 r.).

3) Zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie, powszechny jest pogląd, zgodnie z którym upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności danej oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy na warunkach przedstawionych w ofercie - mimo upływu terminu związania, oferta jest nadal ważna. Wskazuje się ponadto, że w przepisach ustawy Pzp brak jest podstaw do tego, by w takiej sytuacji wykluczyć wykonawcę bądź odrzucić jego ofertę. Do powyższego stanowiska przychyla się również KIO (wyrok KIO z dnia 7 marca 2017 r., sygn. akt KIO 324/17).

4) W wyroku z dnia 21 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1007/13, Izba wprost wskazała, że upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania nie może

być rozpatrywany jako dyskwalifikujący wykonawcę z postępowania, jeżeli - mając na uwadze okoliczności konkretnej sprawy - możliwe jest uzasadnienie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia poprzez realizację woli swego udziału w postępowaniu m.in. przez składanie środków ochrony prawnej na czynności mogące wyeliminować go z postępowania. W przedmiotowej sprawie spółka Elektromont przystąpiła do postępowania w charakterze przystępującego, co jednoznacznie potwierdza istnienie woli uzyskania zamówienia.

Biorąc pod uwagę stanowisko Prezesa UZP zgodnie z którym, mając na względzie fakt, że przepisy prawa nie przewidują zakazu wyboru oferty wykonawcy, który nie jest już związany swoją ofertą, brak jest podstaw by zamawiający nie dokonywał oceny takiej oferty (Informacja o wyniku kontroli doraźnej UZP/DKUE/KU/75/2010). Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że zgodnie z uchwałą KIO z dnia 4 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO/KU 24/19 gdyby ustawodawca chciał, aby podstawa odrzucenia skorelowano była z pełną treścią art. 85 ust. 2 Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 89 ust. 1 pkt 7a nie zastosowałby odnośnika do wyrażenia „nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą", ale zastosowałby określenia typu „nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą", „nie przedłużyli okresu związania ofertą" i tym podobne. Ustawodawca użył natomiast wyraźnego określenia „nie wyraził zgody" odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 Pzp skorelowanej z odpowiedzią na wezwanie zamawiającego.

Dodatkowo Zamawiający w dokumentacji postępowania nie zamieścił wymogu dotyczącego konieczności przedłużenia terminu związania ofertą, zatem brak jest podstaw, by twierdzić, że na Przystępującym spoczywał taki obowiązek. Ponadto brak szczegółowego uregulowania w przepisach prawa skutków upływu terminu związania ofertą nie może negatywnie rzutować na sytuację wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro przepisy ustawy Pzp w nie rozstrzygają tego, czy oferta wykonawcy pozostaje ważna po upływie terminu związania, nie można wyciągać z tego faktu negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, który wyraża wolę otrzymania zamówienia, bowiem takie działanie naruszałoby jedną z podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, jaką jest zasada równego traktowania wykonawców i prowadziłoby do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia.

5) Przez wzgląd na zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i na zakaz interpretowania i stosowania przepisów sankcyjnych w sposób rozszerzający (wyrażony wprost m.in. w wyroku KIO z dnia 11 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1305/17), nie można - tak jak to czyni Odwołujący - interpretować art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w taki sposób, by poprzez analogię stosować sankcję w postaci odrzucenia oferty w stanach faktycznych innych niż wyłącznie w przypadku niewyrażenia zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą. Przesłanką odrzucenia oferty, zgodnie z literalnym brzmieniem przepisów ustawy Pzp oraz prawidłowymi zasadami wykładni tych przepisów, jest wyłącznie brak zgody wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą, a nie sam brak związania.

Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie wystąpił do Przystępującego z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą brak jest jakichkolwiek podstaw, by nałożyć na Przystępującego sankcję w postaci odrzucenia jego oferty.

6) Kolejnym argumentem przemawiającym za tym, że wolą ustawodawcy nie jest wykreowanie stanu, w którym przepisy prawa będą z upływem terminu związania oferty wiązały konsekwencje w postaci obowiązku jej odrzucenia, jest fakt, że w projekcie nowego Prawa zamówień publicznych zostało wskazane wprost, że upływ terminu związania ofertą nie będzie stanowił podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, o ile wykonawca ten wyrazi pisemną zgodę na wybór jego oferty mimo upływu terminu związania ofertą.

Ponadto, TSUE orzekając w sprawie Saferoad (C-35/17) wskazał wprost, że zasada równego traktowania wykonawców nie pozwala na wykluczenie z przetargu publicznego wykonawcy, który nie dopełnił obowiązku niewynikającego wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, nawet jeśli można by go wyprowadzić z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy luk występujących w tej dokumentacji.

Mając na uwadze powyższe, niemożliwe było wymaganie od Przystępującego, by przedłużył termin związania ofertą, gdyż ani z dokumentacji postępowania ani z przepisów prawa nie wynika taki obowiązek. Natomiast kreowanie rzeczywistości, w której wykonawca ponosiłby sankcje z tytułu niewykonania czynności, której nie ma obowiązku wykonywać, jest sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego.

7) Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 66 § 2

k.c. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp przepisy Kodeksu cywilnego znajdują zastosowanie wyłącznie, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Ustawa Pzp reguluje samodzielnie kwestię terminu związania ofertą, jednak jak wskazano wcześniej ustawa Pzp nie normuje w obecnym stanie prawnym kwestii upływu terminu związania ofertą

1 możliwości wyboru oferty wykonawcy, której termin związania już upłynął. Do tego wskazanego stanu prawnego nie można jednak stosować norm Kodeksu cywilnego. Art. 66 §

2 k.c. jako przepis ogólny nie znajdzie tutaj zastosowania. Przepisem szczególnym w tym zakresie jest art. 85 ustawy Pzp.

8) Podsumowując powyższe Zamawiający wskazał, że w przedmiotowej sprawie nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 7a i 8 w związku z art. 85 ust. 2 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 66 § 2 k.c., z uwagi na fakt, że przepisy te nie nakładają na niego obowiązku odrzucenia oferty w sytuacji upływu terminu związania ofertą.

IV. Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy i zaniechanie jej odrzucenia, pomimo że ze względu na zaniżenie cen jednostkowych i łącznej ceny oferowanej przez Przystępującego złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a także zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy i zaniechanie jej odrzucenia, pomimo że zaoferowana przez Przystępującego cena jest rażąco niska, a ponadto poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

1) Odnosząc się do zarzutu Zamawiający wskazał, co następuje.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty na wartość wyliczoną według algorytmu:
Co =(0,30 x ICNW) + (0,20 x ICWS) + (0,35 x 24 x CD) + (0,15 x 500 x ICRB)

Gdzie:

ICNW - Suma cen z kolumny F - Załącznik 4

ICWS - Suma wszystkich cen z kolumny G - Załącznik 4

CD - Koszt Dyżuru pracowników za 1 miesiąc - określony w załączniku 4a punkt 3
ICRB - Suma stawek roboczogodzin określonych w załączniku 4a punkt 1.

W zestawieniu tabelarycznym (pierwsza tabela) Zamawiający przedstawił kwoty z trzech ofert w ujęciu elementów algorytmu, wskazując końcowo kwoty przyjęte do oceny ofert - Cena Co: Przystępującego 80 298,9 z liczbą punktów 100; Odwołującego 89 385,9 z liczbą punktów 89,83; trzeciego wykonawcy (Elektrobudowa) 169 303,8 z liczbą punktów 47,43.

Zamawiający stwierdził, że ocenie podlegały wartości Ceny Co wyliczone zgodnie z powyższym algorytmem. Ocenie nie podlegały wartości poszczególnych operacji remontowych, ponieważ jest to niemożliwe do rzetelnej oceny, dlatego został stworzony algorytm wyliczenia oceny oferty. Doosan w swoim odwołaniu wskazał 12 pozycji, w których wartości w ofercie Elektromontu są niższe niż wartości ofert Doosana i Elektrobudowy S.A., dalej: „Elektrobudowa" twierdząc, że jest to przykład na rażąco niską cenę oferty Elektromontu.

Zamawiający podkreślił, że z ww. 12 pozycji wykazanych przez Doosan jako przykład rażąco niskiej ceny oferty Elektromontu, 11 z nich są to operacje zakwalifikowane jako operacje wykonywane rzadko, które w okresie trwania umowy mogą być wykonywane 1 lub 2 razy lub wcale.

Tym samym wycena tych pozycji ma marginalne znaczenie z perspektywy wyceny całej oferty. Co ważne Doosan kwestionuje jedynie 12 z 59 pozycji podlegających wycenie przez wykonawców w ramach załącznika 1c, a wycena całego załącznika 1c stanowiła łącznie 20% całkowitej ceny ocenianej w ramach przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

2) Zdaniem Zamawiającego, analiza wspomnianych 12 pozycji przeprowadzona przez Doosan, może również wskazywać na to, że to oferty Doosana i Elektrobudowy zostały zawyżone w stosunku do cen rynkowych, a oferta Elektromontu jest bardziej realna i zbliżona do wartości cen rynkowych. Świadczyć może o tym przeprowadzona przez Komisję Przetargową analiza 12 pozycji, które zostały wskazane przez firmę Doosan jako przykład cen jednostkowych rażąco zaniżonych w ofercie Elektromontu.

Zamawiający przedstawił następne zestawienie tabelaryczne (druga tabela): Jednostkowa cena ryczałtowa wyliczona na podstawie ilości roboczogodzin potrzebnych na wykonanie prac (według doświadczenia Departamentu Inżynierii Zamawiającego) przemnożonych przez stawkę za rbg podaną przez Elektromont w zał. 1b oferty.

Z zestawienia wynika, że ceny jednostkowe (kwestionowane w 12 pozycjach) w ofercie Przystępującego są bliższe cenom przeliczonym wg pracochłonności. Natomiast ceny z oferty Odwołującego są znacznie (wielokrotnie) wyższe.

Zamawiający wskazał, że z analizy wynika, że oferta Elektromontu jest najbardziej zbliżona do możliwych realnych kosztów, biorąc pod uwagę rzeczywisty czas na wykonanie tych prac określony z doświadczenia przez Zamawiającego oraz stawkę za rbg z oferty Elektromontu. Stawka za rbg (90 zł/rbg), która została przyjęta do analizy jest to stawka z oferty Elektromontu tylko na prace, które nie są ujęte w katalogu, czyli zakres prac nietypowych spoza katalogu.

Przyjmując do zestawienia realną stawkę rozliczeniową dla prac elektrycznych: 65,00 zł/rbg z umowy nr 6510054687 na Przeglądy aparatury NN na przedpolu bloków 7 i 8 oraz na stanowiskach transformatorów 7TB i 8TB w PGE EC S.A. oddział w Rybniku, zawartej w marcu br. z Elektrobudową, uzyskane ceny są znacznie bliższe cenom zaoferowanym przez Elektromont. Zamawiający nadmienił, że obecnie obowiązująca umowa sukcesywna z Doosanem również zawiera podobną stawkę jak w umowie z Elektrobudową.

Zamawiający przedstawił następną tabelę (trzecia tabela) zawierającą zestawienie cen wyliczonych w oparciu o stawkę 65,00 zł/rbg z umowy nr 6510054687, cen wg oferty

Elektromontu oraz cen wg Doosana - Jednostkowa cena ryczałtowa wyliczona na podstawie ilości roboczogodzin potrzebnych na wykonanie prac (według doświadczenia Departamentu Inżynierii Zamawiającego) przemnożonych przez stawkę 65zł/rbg z umowy nr 6510054687 z Elektrobudową.

Z zestawienia wynika poziom cen jednostkowych w 12 pozycjach wskazujący zbliżony poziom cen Przystępującego do cen stosowanych w aktualnej umowie zawartej z Elektrobudową w dniu 22 marca 2019 r.

Zamawiający zwrócił uwagę na marginesie, że w ofercie Doosana można również wskazać pozycje, które są wycenione poniżej wartości oferty Elektromontu i można twierdzić na takim przykładzie, że jest to oferta z rażąco niską ceną i ceny zostały sztucznie zaniżone przez Doosan np. - czwarta tabela przedstawiająca 14 pozycji (innych niż 12 omawianych): CSW Wycena operacji wszystkich netto Odwołującego i Przystępującego oraz różnicę % cen z oferty Przystępującego w stosunku do Odwołującego. Różnice wynosiły: od 0,20 do 0,64%.

Podsumowując, zdaniem Zamawiającego, oferta Elektromontu jest ofertą realną i najkorzystniejszą według określonych zasad oceny przedstawionych w SIWZ. Sposób oceny ofert został zaakceptowany przez uczestników postepowania, więc trudno jest oceniać pozycje jednostkowe wyjęte i wybrane z całego zestawu oferty Przystępującego, jak próbuje to czynić Doosan.

Różnice w wycenie poszczególnych pozycji to jedynie element zróżnicowania cen stanowiący naturalny element konkurencji pomiędzy wykonawcami. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób wycena prac w ofercie Elektromont uprzywilejowała go w stosunku do pozostałych wykonawców. Zarzut w tym zakresie uznać należy za gołosłowny i oparty jedynie na twierdzeniu Doosan nie popartym żadnymi dowodami. Odwołujący nie pokusił się nawet o przedstawienie wyliczeń w jaki sposób wyliczenia w ofercie Elektromont 12 zakwestionowanych pozycji uprzywilejowały tego wykonawcę w stosunku do pozostałych wykonawców, w tym nie wykazał czy gdyby Elektromont przedstawił wycenę analogiczną jak pozostali wykonawcy, to czy wówczas oferta Doosana byłaby ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

3) Zamawiający zwrócił uwagę, że różnica oferty Elektromontu do średniej wartości ofert złożonych w postepowaniu nie przekracza 30%, więc nie ma konieczności wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Spośród trzech ofert złożonych w postępowaniu można dokonać ich podziału na dwie oferty o podobnej cenie łącznej oraz jedną ofertę istotnie droższą. Fakt zawyżenia ceny najdroższej oferty nie może determinować konieczności wzywania do złożenia wyjaśnień wykonawcy, zwłaszcza w sytuacji gdy, jak w niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający nie ma wątpliwości odnośnie przedstawionej wyceny prac.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu ustawy o nieuczciwej konkurencji oraz zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie znajduje oparcia w stanie faktycznym sprawy i powinien zostać oddalony jako oczywiście niezasadny.

Odnosząc się do wszystkich zarzutów podniesionych przez Odwołującego w treści odwołania, Zamawiający wskazał, że oferta złożona przez Przystępującego spełniła wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego.

Oferta złożona przez Przystępującego jako oferta, która została uznana za najkorzystniejszą pod względem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, została wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawca - P.P.U.H. ELEKTROMONT Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku - w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z dnia 5 września 2019 r., wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu pisma odniósł się do wszystkich zarzutów Odwołującego, przedstawiając argumenty zbieżne ze stanowiskiem Zamawiającego. Wskazał sposób dokonania wyceny kwestionowanych pozycji, zamieścił zdjęcie przedstawiające usytuowanie źródła światła opisując je - zdjęcie obiektowe ukazujące niską wiedzę konkurencji, dotyczącą zagadnienia, co spowodowało sztuczne zawyżenie ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - P.P.U.H. ELEKTROMONT Sp. z o.o. - Izba uznała, że wobec skutecznego przystąpienia, wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym dalej też „Przystępującym".

Nie wystąpiły przesłanki odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie w granicach zawartych w nim zarzutów.

Izba uznała, że Odwołujący spełnia przesłanki wymaganego interesu w uzyskaniu zamówienia i występuje potencjalna możliwość poniesienia szkody w wyniku nieuzyskania zamówienia na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, zatem Odwołujący jest legitymowany czynnie do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba orzekając o żądaniach Odwołującego wyłącznie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu (podstawy prawne i okoliczności faktyczne) miała na uwadze, że odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), co wskazuje, że przepisy ustawy o charakterze fakultatywnym, niezobowiązującym zamawiającego do podjęcia czynności, nie stanowią podstawy zarzutu odwołania.

Strony złożyły na rozprawie: Odwołujący - pismo z 10 września 2019 r. z załącznikami: wyjaśnienie treści SIWZ nr 3; Tabela - Wyliczenie kosztów; Katalog operacji remontowych. Zamawiający: umowa nr 6510054687 zawarta 22.03.2019 r. pomiędzy PGE Energia Ciepła S.A. a ELEKTROBUDOWA S.A.

I. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, który zobowiązuje zamawiającego do poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W Formularzu Oferty w pkt IV. Oświadczenia i zapewnienia wykonawcy:

- w pkt 1.6 Przystępujący zamieścił oświadczenie, że akceptuje treść załączonego do SIWZ Wzoru Umowy - wraz ze wszystkimi załącznikami. We wzorze umowy w § 7 Gwarancja i rękojmia w pkt 7.4 Zamawiający wymagał na wykonane powłoki antykorozyjne i lakiernicze udzielenia 36 miesięcznej gwarancji i rękojmi (...);

- w ppkt 1.7 Przystępujący zamieścił oświadczenie, że na produkt/usługę: a) udziela gwarancji

na okres [12] (.); b udziela rękojmi na okres [12]; c) na wykonane powłoki antykorozyjne i lakiernicze udziela [12] miesięcznej gwarancji i rękojmi (.).

Wobec różnicy treści oświadczenia w ppkt c ze wzorem umowy, Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, wskazując zakres w jakim oczekuje wyjaśnień (pismo z 27.06.2019 r.).

Przystępujący złożył wyjaśnienia w dniu 27 czerwca 2019 r. wskazując, że W pkt IV - 1.7. c) formularza oferty wystąpił błąd w zapisie (omyłka pisarska) dt. gwarancji na powłoki antykorozyjne i lakiernicze.

Firma PPUH Elektromont Sp. z o.o. oświadcza, iż udziela:

- na wykonanie powłoki antykorozyjnej i lakierniczej 36 miesięcznej gwarancji i rękojmi licząc od daty podpisania Protokołu Odbioru Końcowego dotyczącego tych powłok.

Zamawiający poprawił omyłkę w ofercie kwalifikując ją do innych omyłek polegających na

niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących

istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) - zawiadamiając o tym Przystępującego pismem z dnia 03.07.2019 r.: Informujemy, że Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (...) poprawił w Państwa ofercie, w Formularzu Ofertowym omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a mianowicie omyłkę w określeniu długości okresu gwarancji na wykonane powłoki antykorozyjne i lakiernicze, o którym mowa w pkt IV. 1.7. lit. c):

było: c) na wykonane powłoki antykorozyjne i lakiernicze udzielamy (12) miesięcznej gwarancji i rękojmi licząc od daty podpisania Protokołu Odbioru Końcowego dotyczącego tych powłok
jest: c) na wykonane powłoki antykorozyjne i lakiernicze udzielamy (36) miesięcznej gwarancji

1 rękojmi licząc od daty podpisania Protokołu Odbioru Końcowego dotyczącego tych powłok.

Izba uznała za zasadną czynność Zamawiającego, bowiem konstrukcja przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 zobowiązująca zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, wskazuje kolejność czynności w toku badania i oceny ofert. Zamawiający zobowiązany jest do ustalenia czy oferta wykonawcy nie podlega obligatoryjnemu poprawieniu. Dopiero w następstwie niemożności poprawienia oferty, zostaje zobowiązany do jej odrzucenia. W dokumentacji tworzącej ofertę, w zaakceptowanym wzorze umowy, został wskazany okres 36 miesięcy, zatem skoro Przystępujący wypełnił 3 kolejne pozycje oznaczone a, b, c, i w dwóch pierwszych wpisał jednakowy okres gwarancji i rękojmi (12), wpisanie w ostatniej pozycji - w pkt 1.7. c również 12, zamiast 36 zgodnie z zaakceptowanym wymaganiem § 7 ust. 7.4 wzoru umowy, stanowi o niezamierzonym działaniu Przystępującego i ma znamiona omyłki. Jest to omyłka, o której stanowi art. 87 ust.

2 pkt 3 ustawy, nieistotna, bez wpływu na sposób obliczania punktów w kryterium oceny ofert i obejmująca niewielki zakres robót - jest więc omyłką niepowodującą istotnej zmiany w treści oferty i jej wyjaśnienie nie jest efektem niedozwolonych negocjacji z Zamawiającym. Z przepisów ustawy, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 Pzp, nie wynika zakaz poprzedzenia poprawienia omyłki wezwaniem wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, jak równie zakaz skorzystania w celu poprawienia omyłki z otrzymanych od wykonawcy informacji.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3

Pzp przez nieodrzucenie oferty Przystępującego, poprawienie omyłki i w konsekwencji wybór oferty jako najkorzystniejszej, tym samym nie uwzględniła żądania Odwołującego nakazania odrzucenia tej oferty.

Il. Przepisy art. 89 ust. 1 pkt 7a i 8 w związku z art. 85 ust. 2 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 66 § 2 k.c. stanowią:

- art. 89 ust. 1 zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli: pkt 7a wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą; pkt 8 oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

- art. 85 ust. 2 uprawnia wykonawcę i zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą, zastrzegając na rzecz zamawiającego jednorazową czynność z określeniem warunków do jej dokonania;

- art. 7 ust. 1 i 3 określa obowiązki zamawiającego - przygotowuje i przeprowadza

postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości; zamówienia udziela wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;

- art. 66 § 2 k.c. wskazuje na zaprzestanie związania ofertą z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia.

Stan faktyczny w zakresie postawionego zarzutu nie jest sporny.

Przystępujący zadeklarował zgodnie z wymaganiami okres związania ofertą 60 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczął się wraz z upływem terminu składania ofert, 5 czerwca 2019 r. Zgodnie z zasadą liczenia terminu wyrażoną w art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, termin ten upłynął w dniu 3 sierpnia 2019 r. Zamawiający nie zwrócił się z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą, Przystępujący nie przedłużył samodzielnie terminu związania ofertą. Wybór oferty został dokonany 23 sierpnia 2019 r.

Oceniając zarzut naruszenia przepisów art. art. 89 ust. 1 pkt 7a i pkt 8 w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp w kontekście art. 66 § 2 k.c., należało uznać, że z przywołanych przepisów wynika, że z upływem wyznaczonego terminu związania ofertą następuje zaprzestanie związania ofertą oferenta/wykonawcy. Oferta jest niewiążąca, ale ważna. Skutkuje to ewentualną odmową ze strony oferenta/wykonawcy przystąpienia do zawarcia umowy. W ustawie Pzp uwzględniającej specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wprowadzono skutki, ale wyłącznie odnośnie do okoliczności wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 7a - nie wyrażenia zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy na przedłużenie terminu związania ofertą. Wskazany przepis stanowiąc o prawie Zamawiającego do wystąpienia do wykonawcy o wyrażenie zgody, jednoznacznie wskazuje, że wyrażenie zgody następuje w odpowiedzi na wniosek zamawiającego. Z przepisu nie wynika, by wyrażenie lub nie wyrażenie zgody następowało w przypadku samodzielnego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą. Zważywszy, że przesłanki odrzucenia oferty są ściśle określone, nie podlegają interpretacyjnemu rozszerzeniu, odrzucenie oferty na podstawie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp i k.c. mogłoby mieć miejsce jedynie w przypadku czynności zamawiającego - uprzedniego wniosku zamawiającego o wyrażenie zgody i odpowiednio, nie wyrażenia zgody przez wykonawcę.

Treść przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp potwierdza, że oferta co do której upłynął termin związania jest ważna, bowiem przepis zobowiązuje zamawiającego do jej odrzucenia w przypadku braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta może być wycofana, odrzucona, wybrana jako najkorzystniejsza, bądź oceniona na którejś pozycji w rankingu ofert. Nie występuje pojęcie oferty o niezidentyfikowanym statusie.

Mając na uwadze sądową instancyjną kontrolę orzecznictwa Izby, należało podzielić stanowiska Sądów Okręgowych m.in.:

- w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 192/10

- w Łodzi z dnia 21 września 2012 r. sygn. akt Ga 379/12

- w Lublinie z dnia z dnia 17 stycznia 2014 r. sygn. akt IX Ga 392/13

- w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r. sygn. akt XXIII Ga 924/14,

wyrażone w kontekście oceny czynności bądź zaniechania czynności przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją Pzp w 2016 r.), aktualne odnośnie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp w aktualnym brzmieniu.

Rozstrzygnięcia odpowiadające poglądom wynikającym z przywołanego orzecznictwa znajdują odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, przykładowo:

- wyrok z dnia 7 marca 2017 r. sygn. akt KIO 324/17

- uchwała z dnia 4 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO/KU 24/19

- wyrok z dnia 20 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1518/19

- w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 września 2019 r. sygn. akt KIO 1594/19, Izba wskazała:

Izba pod uwagę wzięła pogląd, wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Odwoławczy z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. akt. XXIII Ga 924/14, z którego

wynika, że „z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów p.z.p., należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy". (...); „uznanie, że w sytuacji upływu terminu związania ofertą zamawiający nie może już zawrzeć umowy z wykonawcą, który wyraża chęć podpisania umowy, stałoby w sprzeczności z funkcją, dla jakiej zostały wprowadzone do p.z.p., przepisy dotyczące związania ofertą, albowiem zamiast realizować podstawowy cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który sprowadza się do wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy, w istocie uniemożliwiałyby to". (...) przepisy Prawa zamówień publicznych nie określają konsekwencji braku samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę, a jedynie przewidują odrzucenie oferty w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, na przedłużenie terminu związania ofertą (art. 89 ust. 1 pkt 7a Prawa zamówień publicznych). Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, brak jednoznacznej sankcji w przepisach oraz w ogłoszeniu o zamówieniu przesądza o tym, że nie można wykonawcy obarczać negatywnymi konsekwencjami określonego zaniechania. W orzeczeniu z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 (Saferoad Grawil et Saferoad Kabex) Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk".

Skoro, zgodnie z przywołanym wyżej orzecznictwem, w związku z zaniechaniem przedłużenia terminu związania ofertą, brak przesłanki wykluczenia wykonawcy w postępowania czy odrzucenia jego oferty oraz nie ma przeszkód, aby z wykonawcą podpisać umowę, to ma on interes we wniesieniu odwołania.

Również w orzecznictwie ETS, m.in. z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17.

W przedstawionych okolicznościach, Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia zarzutu i nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a i 8 w zw. z art. 85 ust. 2 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 66 § 2 k.c.

Zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp jest z reguły konsekwencją naruszenia przepisów szczególnych ustawy.

III. Przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie wskazanym w odwołaniu, jest zgodnie z zarzutem naruszenia przepisu z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010) - działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wywiódł zarzut z zestawienia 12 pozycji spośród 59 przedstawionych w załączniku 1c do oferty Przystępującego - katalog operacji remontowych - wykonywanie przeglądów, konserwacji, usuwanie usterek oraz wykonywanie badań i pomiarów generatorów, wzbudnic i transformatorów w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział w Rybniku. Odwołujący przedstawił zestaw cen z pozycji katalogowych: 3, 4, 5, 8, 9, 15,16, 23, 25, 29, 43, 46. Zamawiający wymagał przedstawienia w formularzu załącznika w kolumnie F, CNW-Wyceny operacji najczęściej wykonywanych, Netto (PLN). Spośród 12 zakwestionowanych pozycji, w 11 pozycjach zostało zakreślone pole do wypełnienia wyceny, co jednoznacznie potwierdza stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że operacje remontowe w tym zakresie należą do wykonywanych rzadko, jak wskazano na rozprawie. Jedyną pozycją, którą należało wypełnić w kolumnie F, to pozycja 29 - Transformator mocy - wymiana źródeł światła w obudowie dźwiękochłonnej. Na rozprawie Przystępujący wyjaśnił, że nawet operacja remontowa wykonywana w tym zakresie, może nie mieć miejsca w ciągu 2 lat realizacji umowy ze względu na rodzaj stosowanego oświetlenia (wytrzymałość i gwarancja).

Zaoferowane ceny w tych pozycjach są najniższe spośród cen 3 ofert, przy czym o ile ceny ofert przystępującego i Odwołującego są na zbliżonym poziomie, o tyle ceny 3. oferty są znacznie wyższe.

Z odpowiedzi na odwołanie i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, wskazujących rzetelną porównawczą wycenę operacji remontowych, umowy zawartej w dniu 22.03.2019 r. przez Zamawiającego z firmą Elektrobudowa S.A., porównawczych cen stosowanych w Elektrociepłowni Zielona Góra, EC Gdańsk i EC Gdynia oraz wyjaśnień wskazujących na ich wiarygodność, wynika, że wycena operacji przewidzianych do nieczęstego wykonania lub niewykonania w ogóle w toku realizacji umowy, nie nosi znamion czynu nieuczciwej konkurencji.

Zasługuje również na uwagę, że 12 kwestionowanych pozycji, to zakres nienależący do istotnego. Wycena wszystkich pozycji z załącznika 1c (59) stanowiła 20% całkowitej ceny ocenianej w ramach przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

Jako zarzut przeciwny (wzajemny), zamawiający przedstawił ceny 14 pozycji z załącznika 1c oferty Odwołującego, w których wskazano wycenę znacznie poniżej wyceny Przystępującego, są to pozycje: 2, 6, 7, 30, 31, 33, 34, 41, 42, 44, 45, 47, 51, 52, przy czym pozycje 30, 33, 34, 45, to operacje zaliczone do najczęściej wykonywanych.

Na podstawie powyższych ustaleń, w ocenie Izby, brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji przez złożenie oferty przez Przystępującego.

IV. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to przepis, którego dyspozycja jest uzależniona od okoliczności ocenionych przez zamawiającego: Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie (.).

Zamawiający nie zwracał się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień. Wskazał w złożonych dokumentach i wyjaśnieniach na rozprawie, że nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty Przystępującego.

Zakwestionowane pozycje (12 spośród 59), które stanowią faktyczną podstawę zarzutu i żądania Odwołującego, to nieistotne części składowe przedmiotu zamówienia, wycenione realnie, zważywszy na potrzebę znikomego ich wykonywania lub nie wykonywania w czasie realizacji umowy (2 lata).

W świetle wskazanych podstaw, Odwołujący nie wykazał okoliczności zobowiązujących Zamawiającego do żądania wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy

Pzp.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 (zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia) nie został uzasadniony, nie przedstawiono żadnych okoliczności wskazujących na relacje cen złożonych ofert, ich porównania oraz nie odniesiono tego zakresu do przedmiotu zamówienia. Poza wskazaniem przepisu nie zamieszczono w odwołaniu okoliczności faktycznych dotyczących zarzutu.

Wg ustaleń Izby, różnica w cenach obu ofert wynosi 11 176,91 zł, co stanowi 10,17%.

Reasumując powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia.

Przewodniczący:.....