

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2020 r.

w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **Hydrosprzet K. Spółka jawna, Łąka Dolna 247, 32-733 Trzciana** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich Sp. z o.o., ul. Łazienna 8, 26-200 Końskie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Hydrosprzet K. Spółka jawna, Łąka Dolna 247, 32-733 Trzciana i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Hydrosprzet K. Spółka jawna, Łąka Dolna 247, 32-733 Trzciana** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Hydrosprzet K. Spółka jawna, Łąka Dolna 247, 32-733 Trzciana** na rzecz **Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Końskich Sp. z o.o., ul. Łazienna 8, 26-200 Końskie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Hydrosprzet K. Spółka jawna, Łąka Dolna 247, 32-733 Trzciana** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę w formie leasingu operacyjnego fabrycznie nowej koparki gąsienicowej. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 kwietnia 2020 r. pod pozycją 535983-N-2020.

W dniu 24 czerwca 2020 r. wykonawca **Hydrosprzet K. Spółka jawna** (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako niezgodnej z ogłoszeniem o przetargu, które ukazało się dnia 30 kwietnia 2020 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne kryteria rozstrzygnięcia przetargu i opis zamówienia wykraczający poza określoną wartość spełnienia warunków zamówienia, do którego zobowiązany miał być wykonawca.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyników wyboru najkorzystniejszej oferty, a tym

samym unieważnienia wyników przetargu.

Odwołujący podniósł, że ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia winny być tożsame na każdym etapie procedury wyłaniania wykonawcy do czasu zawarcia umowy, a zamawiający, który posiada wiedzę, że w procedurze wystąpiła taka różnica między treścią ogłoszenia o zamówieniu a specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jest obowiązany takie postępowanie unieważnić zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający taką wiedzę posiadał. Odwołujący podkreślił, że stosownie zarówno do ogłoszenia o przetargu, jak specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w chwili otwarcia ofert (protokół z otwarcia ofert) oferta Odwołującego była najkorzystniejsza. Tym samym, za niezrozumiałe i sprzeczne z prawem Odwołujący uznał działanie Zamawiającego, który wbrew ogłoszeniu i wbrew specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wybrał inną ofertę zmieniając zasady przetargu pomiędzy otwarciem ofert a ogłoszeniem wyników wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zauważył ponadto, że z porównania art. 36 oraz przepisów art. 41 i 48 ustawy Pzp wynika, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi uzupełnienie informacji zawartych w ogłoszeniu. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2010 r., w którym stwierdzono, że dokumenty te powinny być ze sobą spójne i jednakowo opisywać, np. sposób oceny warunków udziału w postępowaniu i wyboru najkorzystniejszej oferty (sygn. akt KIO/UZP 939/10). Odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla, że zamawiający powinien dochować należytej staranności sporządzając obydwa dokumenty, co zapewnia dbałość o zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Odwołującego, naruszone zostały zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawcy. Odwołujący stwierdził, że takie zachowanie stanowi rażące naruszenie przepisów prawa i powinno skutkować unieważnieniem całości postępowania.

Odpowiadając na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2020 r. do uzupełnienia braków formalnych odwołania Odwołujący podał, że w pkt II.6) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił całkowitą wartość zamówienia bez VAT na kwotę 600 000,00 PLN. Odwołujący stwierdził, że informacja ta jednoznacznie sugerowała określony budżet Zamawiającego, jaki przeznacza on na przedmiot zamówienia. Postanowienia tego nie było w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co potwierdza, jak zaznaczył Odwołujący, niespójność dokumentów.

Jak wyjaśnił Odwołujący, nie chcąc przekroczyć przewidzianej przez Zamawiającego kwoty, Odwołujący obniżył warunki gwarancji przedmiotu zamówienia, co skutkowało obniżoną punktacją za ten parametr. Odwołujący wskazał ponadto, że w informacji z otwarcia ofert z dnia 3 czerwca 2020 r. Zamawiający poinformował w pkt. 1, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi: 738 000,00 złotych (brutto). Odwołujący zaznaczył, że jedyną ofertą spełniającą wszystkie warunki podlegające ocenie oraz mieszczącą się w przewidzianym budżecie, była oferta Odwołującego z kwotą 737 161,48 zł brutto.

Odwołujący podał, że w dniu 19 czerwca 2020 r. Zamawiający zamieścił informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której poinformował o wyborze wykonawcy, którego cena wynosiła 780 041,77 zł brutto, a zatem przekraczała przewidzianą przez Zamawiającego kwotę o 42 041,77 zł brutto. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie poinformował uprzednio o zwiększeniu przewidzianej kwoty na przedmiot zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie miał potrzeby zwiększania budżetu, gdyż była oferta spełniająca wszystkie warunki przewidziane w opisie kryteriów oceny ofert oraz nieprzekraczająca zamierzonej kwoty na sfinansowanie zamówienia.

W ocenie Odwołującego, naruszone zostały zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdaniem Odwołującego, takie zachowanie Zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów prawa i powinno skutkować unieważnieniem postępowania. Odwołujący podkreślił, że tożsamość specyfikacji oraz ogłoszenia dają gwarancję braku manipulacji przez Zamawiającego dla obejścia obowiązujących przepisów.

Zamawiający pismem z dnia 1 lipca 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6, 3 i 7 ustawy Pzp bądź o oddalenie odwołania w całości.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania. Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek do

odrzućenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że z treści odwołania wynika, że zarzutami objęta jest m.in. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która mieści się w katalogu czynności, od których przysługuje odwołanie w postępowaniach o wartości poniżej tzw. progów unijnych.

O czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący został poinformowany w dniu 19 czerwca 2020 r., a zatem dotrzymany został także ustawowy termin na wniesienie odwołania. Tym samym, nie ziszcza się przesłanka do odrzućenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, brak jest także podstaw do odrzućenia odwołania z uwagi na nie dopełnienie obowiązku przesłania Zamawiającemu kopii odwołania (art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp). Zamawiający przyznał, że otrzymał treść odwołania, nie otrzymał zaś załączników do odwołania. Izba stwierdziła, że załącznikami do odwołania były dokumenty doskonale znane Zamawiającemu jako stanowiące część dokumentacji postępowania. Wbrew przypuszczeniom Zamawiającego, załączniki nie zawierały uściślenia zarzutów zawartych w odwołaniu. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że przesłanie treści odwołania wyczerpało obowiązek nałożony na wykonawcę w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie 1uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Na wstępie wskazać należy, że określona przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu kwota 600 000,00 PLN to szacunkowa wartość zamówienia nie obejmująca podatku od towarów i usług, ustalana przed wszczęciem postępowania, zgodnie z wytycznymi zawartymi w art. 32 ustawy Pzp. Kwotę tę należy odróżnić o kwoty, którą zamawiający zobowiązany jest podać bezpośrednio przed otwarciem ofert, tj. kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 ustawy Pzp). Wartość ta uwzględnia podatek od towarów i usług. Najczęściej kwota podawana przed otwarciem ofert odpowiada szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, jednak przepisy ustawy Pzp pozwalają, aby kwota ta odbiegała od tej wartości. Może zatem być ona wyższa lub niższa od szacunkowej wartości zamówienia, bowiem odpowiada ona faktycznym możliwościom zamawiającego co do sfinansowania danego zamówienia. Ustawa Pzp przyznaje zamawiającemu uprawnienie do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa tę kwotę (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Ustawa Pzp uprawnia zamawiającego także do zwiększenia kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Najkorzystniejsza oferta oznacza ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans kryteriów ustanowionych w danym postępowaniu (art. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Należy podkreślić, że to kryteria oceny ofert określone w danym postępowaniu mają decydujące znaczenie odnośnie tego, która oferta okaże się najkorzystniejsza. Odstąpienie przez zamawiającego od ustanowionych kryteriów stanowiłoby naruszenie ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

-cena oferty brutto - max 60%,

-gwarancja - max 20%,

-termin realizacji zamówienia - max 10%,

-czas reakcji serwisu - max 10% (pkt 13.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

W wyniku oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego na podstawie ww. kryteriów, za najkorzystniejszą uznana została oferta wykonawcy Europejski Fundusz Leasingowy S.A. (97 pkt), zaś oferta Odwołującego uplasowała się na trzecim miejscu w rankingu ofert (90 pkt) (pkt 18 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia).

Z uwagi na powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy Pzp przez dokonanie przez Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty, której cena przekraczała kwotę podaną przed otwarciem ofert. Jak wynika z Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, oferta wykonawcy Europejski Fundusz Leasingowy S.A. była najkorzystniejsza pod względem kryteriów oceny ofert. Zamawiający był zatem uprawniony, zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, do podjęcia decyzji o zwiększeniu środków przeznaczonych na realizację przedmiotu zamówienia.

Rozpoznaniu nie mógł podlegać zarzut dotyczący braku spójności informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść ogłoszenia i specyfikacji dotycząca wartości przedmiotu zamówienia nie została objęta katalogiem czynności, wobec których wykonawca uprawniony jest wnieść odwołanie w postępowaniu o wartości poniżej progów unijnych. Ponadto, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji powinno zostać wniesione w terminach określonych w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący :