

POSTANOWENIE
z dnia 15 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 15 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2020 r. przez wykonawcę: **Melazbyt- Hurt Sp. z o.o. ul. Bardowskiego 2, 43-300 Bielsko-Biała** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Głubczycki, ul. Kochanowskiego 15, 48-100 Głubczyce,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Melazbyt- Hurt Sp. z o.o. ul. Bardowskiego 2, 43-300 Bielsko-Biała** uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający, Powiat Głubczycki z siedzibą w Głubczycach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Powiat Głubczycki: Sukcesywna dostawa materiałów budowlanych dla Domu Pomocy Społecznej w Klisinie Filia w Branicach w ramach zadania: *Zmniejszenie zużycia energii w Domu Pomocy Społecznej w Klisinie Filia w Branicach poprzez kompleksową termomodernizację, wymianę oświetlenia i montaż pompy ciepła*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP 1/20 pod nr 576543-N-2020 w dniu 20 sierpnia 2020 r.

Wykonawca Metalzbyt - Hurt Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku - Białej wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego na mocy zawiadomienia z dnia 2 września 2020 r. - odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jak również z powodu braku wniesienia przez Odwołującego wadium w terminie wynikającym z treści SIWZ oraz wobec zaniechania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, tj.:

- 1.art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz nierówne traktowanie wykonawców, a to poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego, a w ślad za tym zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 2.art. 45 ust. 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego wobec nieuzasadnionego stwierdzenia, że Odwołujący nie wniósł wadium w terminie wynikającym z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 3.art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na

niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, względnie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego wobec nieuzasadnionego stwierdzenia, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
5. art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego wobec nieuzasadnionego stwierdzenia, że Odwołujący nie wniósł wadium w terminie wynikającym z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
6. art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
7. art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania wobec stwierdzenia, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
3. ponownego przeprowadzenia badania i oceny oferty Odwołującego;
4. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
5. obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania z uwagi na fakt, iż w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, opisanych powyżej, doszło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W związku z powyższym, Odwołujący poniesie szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia publicznego na realizację dostaw objętych przedmiotem postępowania, z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z treścią SIWZ, a jednocześnie jest najkorzystniejsza w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert.

Ponadto, Odwołujący wyjaśnił, że sytuacja, w której Zamawiający unieważnił postępowanie wobec faktu, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie stanowi przeszkody do stwierdzenia istnienia interesu Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania, co wynika z utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowisko jest uzasadnione również tym, że Zamawiający, w świetle dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, jest uprawniony do zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do najniższej ceny ofertowej spośród ofert złożonych, nawet jeżeli cena tejże oferty przewyższa wartość kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

1. Zarzut braku wniesienia wadium.

Zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 3.500,00 zł., a przypadku wniesienia wadium w postaci pieniężnej - przedłożenia wraz z dokumentacją ofertową dowodu wpłaty wadium.

Odwołujący omyłkowo nie dołączył do dokumentacji ofertowej potwierdzenia wpłaty wadium w postaci pieniężnej. Nie mniej jednak, w terminie poprzedzającym upływ terminu składania ofert, który przypadał na dzień 1 września 2020 r, na godzinę 10.00. Odwołujący wpłacił na rachunek bankowy Zamawiającego wadium w kwocie wymaganej. Wymagana przez Zamawiającego kwota wadium, a wpłacona przez Odwołującego, została zaksięgowana na rachunku bankowym Zamawiającego, wskazanym w treści SIWZ, w dniu 31 sierpnia 2020 r., a więc przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu. Inaczej mówiąc, Zamawiający faktycznie dysponował kwotą wadium na dzień oraz godzinę składania ofert w postępowaniu, a wpłaconą przez Odwołującego.

Mając zatem na uwadze istotę i przeznaczenie (rolę) wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku ustanowienia i wniesienia wadium w postaci pieniężnej, kluczowe znaczenie dla uznania, że doszło skutecznie do ustanowienia i wniesienia wadium, ma fakt, czy zamawiający dysponował wymaganą kwotą wadium najpóźniej w dniu i w godzinie wyznaczonej na składanie ofert w tymże postępowaniu. Natomiast dowód wpłacenia wadium w postaci dokumentu potwierdzenia wpłaty (polecenia) przelewu ma charakter pomocniczy i jako taki nie rozstrzyga o tym, czy doszło do ustanowienia i wniesienia wadium w terminie składania ofert w postępowaniu (tj. przed upływem tego terminu, zgodnie z dyspozycją art. 45 ust. 3 Ustawy), a stanowi co najwyżej dowód na to, że wykonawca zlecił wykonanie przelewu, a więc, że wykonawca obciążył swój rachunek bankowy wymaganą kwotą

odpowiadającą wymaganej przez zamawiającego wartością (kwotą) wadium.

Odwołujący wskazał, że w przypadku braku dołączenia do dokumentacji ofertowej dowodu wpłaty wadium, w postaci potwierdzenia (zlecenia) przelewu (tj. dowodu obciążenia rachunku bankowego wykonawcy wymaganą kwotą wadium) nie ma podstaw ani do wykluczenia wykonawcy z postępowania ani do odrzucenia jego oferty. Do ewentualnego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, zamawiający będzie uprawniony i zobowiązany jedynie w przypadku, gdy stwierdzi, że wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, to jest na przykład z naruszeniem zapisów art. 45 ust. 3 Pzp, z czym na gruncie analizowanego stanu faktycznego nie mamy do czynienia, albowiem Odwołujący wykazał, że w dacie poprzedzającej upływ terminu składania ofert Zamawiający dysponował wymaganą kwotą wadium wpłaconą przez Odwołującego (rachunek bankowy Zamawiającego został uznany za wymaganą kwotę wadium przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a wpłaconą przez Odwołującego).

2. Zarzut niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, a dokładnie zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do SIWZ w postaci wzoru formularza oferty, Odwołujący był zobowiązany podać ceny jednostkowe poszczególnych elementów oferowanego asortymentu z uwzględnieniem ilości tychże poszczególnych elementów oferowanego asortymentu, co też Odwołujący uczynił. Odwołujący jedynie omyłkowo nie dokonał zsumowania tychże wartości (łącznych cen) poszczególnych ilości danego rodzaju oferowanego asortymentu. Nie mniej jednak, łączna cena netto i brutto wszystkich ilości i rodzajów elementów asortymentu oferowanego przez Odwołującego, wobec podania przez Odwołującego w treści formularza oferty cen jednostkowych poszczególnych elementów asortymentu oraz łącznych cen wynikających ze wskazanej ilości poszczególnych rodzajów elementów oferowanego asortymentu, nie budzi wątpliwości i jest w sposób łatwy do ustalenia, poprzez zsumowanie łącznych cen tychże poszczególnych rodzajów i ilości elementów asortymentu oferowanego przez Odwołującego.

Ponadto, w myśl postanowień pkt 3 pkt 3.1. SIWZ, łączna cena wszystkich elementów asortymentu oferowanego przez Odwołującego jest wymagana przez Zamawiającego wyłącznie na potrzeby porównania i oceny oferty, w ramach cenowego kryterium oceny ofert. Natomiast faktyczna, łączna wartość wynagrodzenia, jakie Odwołujący otrzyma z tytułu realizacji umowy będzie wynikała z realnego zapotrzebowania Zamawiającego w trakcie realizacji tejże umowy (Zamawiający jedynie gwarantuje minimalną wartość przedmiotu zamówienia, jakie zostanie zrealizowane wg jego zapotrzebowania, tj. na poziomie 30% ogólnej wartości oferty netto Odwołującego).

Mając zatem na uwadze powyższe, Zamawiający był uprawniony i zobowiązany do poprawienia treści formularza ofertowego Odwołującego i uznania braku podania przez Odwołującego łącznej ceny netto i brutto wszystkich rodzajów oferowanego przez Odwołującego elementów asortymentu, jako omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, a to na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Niezależnie od powyższego, w analizowanym stanie faktycznym, brak wskazania przez Odwołującego łącznej ceny netto i brutto wszystkich elementów zaoferowanego asortymentu mógł również zostać potraktowany przez Zamawiającego jako oczywista omyłka rachunkowa (w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp), polegająca na niewykonaniu działania arytmetycznego w postaci zsumowania wszystkich, poszczególnych wartości (cen jednostkowych) wymienionej liczby rodzajów elementów asortymentu zaoferowanego przez Odwołującego. Jako, że Zamawiający posiadał wiedzę, wynikającą wprost z treści dokumentacji ofertowej Odwołującego, dotyczącą łącznej ceny netto i brutto dla całości asortymentu zaoferowanego przez Odwołującego, zatem Zamawiający był uprawniony i zobowiązany do samodzielnego dokonania poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej Odwołującego poprzez zsumowanie poszczególnych, zbiorczych pozycji cenowych wskazanych przez Odwołującego w treści formularza oferty dla opisanych tamże ilości poszczególnych rodzajów elementów asortymentu oferowanego przez Odwołującego.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 września 2020 r. do zgłoszenia przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego wraz z przekazaniem kopii odwołania, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

W dniu 14 września 2020 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z dnia 10 września 2020 r. zawierające oświadczenie Zamawiającego, iż uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, w rozumieniu art. 186 ust. 2 Pzp. W takim przypadku Zamawiający ma obowiązek wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba postanowiła o zwrocie na rzecz Odwołującego kwoty uiszczonego wpisu.

Przewodniczący: