

WYROK

z dnia 2 października 2020 r. Krajowa Izba

Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz Protokolant: Adam

Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2020 r., odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 24 sierpnia 2020 r. przez odwołującego STRABAG Sp. z o.o. z s. w Pruszkowie ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (Sygn. akt KIO 2069/20)

B.w dniu 24 sierpnia 2020 r. przez odwołującego MIRBUD S.A. z s. w Skierniewicach ul. Unii Europejskiej 18, 96-1100 Skierniewice (Sygn. akt KIO 2074/20)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa

orzeka:

A. Odwołanie o Sygn. akt KIO 2069/20

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, ponowne badanie i ocenę oferty odwołującego po uprzednim wezwaniu do doręczenia kart katalogowych i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty

2.Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa i

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez STRABAG

Sp. z o.o. z s. w Pruszkowie ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków tytułem wpisu od odwołania

2) zasądza od Przedsiębiorstwa Państwowego „Porty Lotnicze” ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa kwotę 23.600 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz STRABAG Sp. z o.o. z s. w Pruszkowie ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

B. Odwołanie o Sygn. akt KIO 2074/20

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, ponowne badanie i ocenę oferty odwołującego po uprzednim wezwaniu do doręczenia kart katalogowych i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty

2.Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa

1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez MIRBUD S.A. z s. w Skierniewicach ul. Unii Europejskiej 18, 96-1100 Skierniewice tytułem wpisu od odwołania

2)zasądza od Przedsiębiorstwa Państwowego „Porty Lotnicze” ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa kwotę 23.600 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz MIRBUD S.A. z s. w Skierniewicach ul. Unii Europejskiej 18, 96-1100 Skierniewice stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 2069/20 odwołanie 24 sierpnia 2020r.

odwołujący STRABAG Sp. z o.o. z s. w Pruszkowie, zamawiający Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z s. w Warszawie

Na podstawie art. 179, art. 180 ust 1 i 182 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2018 poz. 1986 z późn. zm.) zwanej dalej „pzp” lub „ustawą pzp” wniesiono odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa układu drogowego oraz wykonaniem infrastruktury technicznej, stanowiąca część zadania inwestycyjnego pn.: „**Rozbudowa Portu Lotniczego Radom-Sadków w formule projektuj i buduj**” (nr ref. 48/PN/ZP/TLLZP/20) a polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia a w konsekwencji unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy pzp w wyniku uznania, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, która zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia.

I. Zarzuty.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego zarzucono naruszenie:

- 1.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez uznanie, że treść oferty odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ponieważ w zamawiający w Załączniku nr 4 do SIWZ - opisie przedmiotu zamówienia w pkt 6 i 7 oraz w pkt 2.3.1 Programu Funkcjonalno - Użytkowego żądał aby wykonawca wraz z ofertą dostarczył karty katalogowe urządzeń, kas automatycznych i terminali wjazdowych i wyjazdowych a odwołujący z ofertą nie dostarczył ww. kart, podczas gdy ww. karty stanowią dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego tj. dokumenty o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z §13 ust 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2016 poz. 1126 z późn. zm.) co do których w przypadku stwierdzenia ich braku zamawiający, zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy pzp, zobowiązany jest do wezwania do ich uzupełnienia czego zamawiający zaniechał odrzucając ofertę odwołującego jako niezgodną z siwz.
- 2.art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia nie przedstawionych wraz z ofertą kart katalogowych urządzeń, kas automatycznych i terminali wjazdowych i wyjazdowych, których zamawiający żądał w Załączniku nr 4 do SIWZ - opisie przedmiotu zamówienia w pkt 6 i 7 oraz w pkt 2.3.1 Programu Funkcjonalno - Użytkowego podczas gdy ww. karty to dokumenty o których mowa w art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z §13 ust 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2016 poz. 1126 z późn. zm.) a także dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania a zgodnie z objętym zarzutem odwołania art. 26 ust 3 ustawy pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust 1 lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania zamawiający zobowiązany jest

wezwać do ich uzupełnienia, czego w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie uczynił.
w konsekwencji naruszenie

3.art. 93 ust 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 91a ustawy pzp przez uznanie, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział, że dokona wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, która zostanie przeprowadzona w przypadku gdy w postępowaniu zostaną złożone co najmniej dwie oferty nie podlegające unieważnieniu. W wyniku błędnego odrzucenia oferty odwołującego i odrzucenia pozostałych ofert w niniejszym postępowaniu, zamawiający nie przeprowadził aukcji elektronicznej i nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób przewidziany w siwz, błędnie przyjmując że ofertą najkorzystniejszą jest nieodrzucona oferta złożona przez Budimex S.A. podczas gdy dopiero po przeprowadzeniu aukcji z udziałem odwołującego, który niezasadnie został odrzucony, zamawiający mógłby dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty i ustalić, czy cena tak wybranej oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia a w konsekwencji dopiero wówczas podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania. Dodatkowo za najkorzystniejszą ofertę zamawiający błędnie uznał ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza, mimo że nie są to pojęcia tożsame.

4.art. 7 ust. 1 ustawy pzp zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości przez nie zastosowanie obowiązujących przepisów w ten sam sposób do wszystkich uczestników postępowania a w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego i unieważnienie postępowania mimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych.

II.W związku z powyższymi zarzutami wniesiono o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy pzp, nakazanie powtórnej oceny ofert, unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z postanowieniami siwz i ustawy pzp.

III.Interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP we wniesieniu odwołania. W wyniku błędnej oceny ofert, oferta odwołującego została odrzucona jako niezgodna z SIWZ podczas gdy oferta ta jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący niezasadnie został więc pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie, jak też jego wykonania w przyszłości mimo, że jest wykonawcą posiadającym odpowiedni potencjał do wykonania zamówienia tak od strony podmiotowej jak i przedmiotowej. Cena oferty złożonej przez odwołującego z uwagi na przewidzianą procedurę aukcji elektronicznej nie jest ofertą ostateczną, dopiero jej ustalenie w wyniku aukcji może stanowić punkt odniesienia, że ze względu na budżet zamawiającego brak jest choćby potencjalnej możliwości realizacji zamówienia rzecz odwołującego. Błędna ocena ofert oraz niezasadne unieważnienie postępowania pozbawia więc odwołującego możliwości ubiegania się o zamówienie, powodują szkodę w postaci ponoszenia kosztów udziału w postępowaniu w którym oferta została prawidłowo przygotowana i brak podstaw do unieważnienia postępowania oraz pozbawia możliwości uzyskania korzyści płynących z możliwości pozyskania tego zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania zamówienia. W orzecznictwie co do zasady należy uznawać za ugruntowany pogląd o szerokim rozumieniu pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia. Przykładem tej linii orzecniczej jest chociażby stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z 27.05.2010 r., CZP 25/10, LE Xnr 602808, w którym wyrażono pogląd, iż: „Wykładni pojęcia interesu prawnego po nowelizacji przepisu art. 179 p.z.p. zmienionego ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy-Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778) należy dokonywać szeroko, tj. obejmując nie tylko sytuacje, gdy interes podmiotu wnoszącego środek ochrony w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku”. Z kolei w wyroku z 11.07.2011 r., KIO 1389/11, LE Xnr 602808, Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych wskazała, że: „Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Interes o charakterze uniwersalnym sprowadza się w ogólności do reagowania i zaskarżania środkami ochrony prawnej każdej sytuacji i przez każdego, kto uznaje, że zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów p.z.p.” Źródłem szerokiej interpretacji omawianej materialnoprawnej przesłanki odwołania jest art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, który stanowi, że państwa członkowskie zapewniają dostępność

procedur odwoławczych w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. W duchu tego poglądu prawnego Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7.07.2016 r., KIO 1102/16, LEXnr 2143909, przyjęła, że: „Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez odwołującego tego konkretnego zamówienia. Interes odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku naruszenia przepisów ustawy”.

IV.Termin.

Pismem z dn. 14 sierpnia 2020r., zamieszczonym na stronie internetowej 13 sierpnia 2020r. Zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu oferty złożonej przez niego oraz o unieważnieniu postępowania. Wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy PZP. Odwołujący składając odwołanie w dniu 24 sierpnia 2020r. czyni zadość wymaganiom art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

V.Pozostałe informacje.

Strona internetowa Zamawiającego:

Główny adres:

Adres profilu nabywcy:

Nieograniczony, pełny i bezpośredni dostęp do dokumentów zamówienia można uzyskać bezpłatnie pod adresem: <http://portal.smartpzp.pl/ppl/>

Mail Zamawiającego: e-mail:

Miejsce publikacji Ogłoszenia: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, nr ogłoszenia 2020/S 107-260278 z 4.06.2020.

Uzasadnienie

I. Zamawiający, Przedsiębiorstwo Państwowe Porty Lotnicze, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn. „Budowa układu drogowego oraz wykonaniem infrastruktury technicznej, stanowiąca część zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa Portu Lotniczego Radom-Sadków w formule projektuj i buduj” - dalej Postępowanie. Przedmiotem zamówienia jest budowa układu drogowego wraz z włączeniem i przebudową ul. Lubelskiej, włączeniem w AL. Wojska Polskiego oraz wykonaniem infrastruktury technicznej, stanowiąca część zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa Portu Lotniczego Radom - Sadków” w formule projektuj i buduj”.

Pismem z dn. 14 sierpnia 2020r. (nr ref 48/PN/ZP/TLLZP/20) zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, wskazując w uzasadnieniu swojej decyzji, że w załączniku nr 4 do siwz - opisie przedmiotu zamówienia w pkt 6 i 7 oraz w pkt. 2.3.1. Programu Funkcjonalno - Użytkowego stanowiącego załącznik do OPZ żądał aby wykonawca wraz z ofertą dostarczył karty katalogowe urządzeń, kas automatycznych i terminali wjazdowych i wyjazdowych. Odwołujący nie dostarczył wraz z ofertą ww. kart katalogowych a ponieważ art. 87 ust 1 ustawy pzp zakazuje jakichkolwiek zmian w treści oferty za wyjątkiem okoliczności opisanych w dalszych jednostkach redakcyjnych tego artykułu, zamawiający uznał, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści siwz i odrzucił ją na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy pzp.

Z taką oceną zamawiającego nie sposób się zgodzić.

Zgodnie z pkt 6 dokumentu o nazwie Opis Przedmiotu Zamówienia, który zawiera informacje szczegółowe w zakresie wykonania — objętego przedmiotem zamówienia — parkingu P1 „ (...) Parking należy wyposażać w oznakowanie poziome i pionowe, szlabany, system parkingowy, monitoring, miejsce na wózki bagażowe i inne zgodnie ze szczegółami określonymi w projekcie zagospodarowania terenu i projektach branżowych Do oferty należy dołączyć karty katalogowe urządzeń, kas automatycznych i terminali wjazdowych i wyjazdowych, które Wykonawca przewiduje do zastosowania”.

Powołany w podstawie faktycznej decyzji o odrzuceniu pkt 7 OPZ zawiera szczegółowe informacje dotyczące wykonania drugiego z parkingów - parkingu P2. Zgodnie z pkt 7 siwz „(...) Parking należy wyposażać w oznakowanie poziome i

panionowe, szlabany, system parkingowy, monitoring, miejsce na wózki bagażowe i inne zgodnie ze szczegółami określonymi w projekcie zagospodarowania terenu i projektach branżowych Do oferty należy dołączyć karty katalogowe urządzeń, kas automatycznych i terminali wjazdowych i wyjazdowych, które Wykonawca przewiduje do zastosowania".
Z kolei pkt 2.3.1. PFU dla zadania głównego którym objęte jest wykonanie parkingów P1 i P2 zawiera wymagania ogólne dla zagospodarowania terenu i odnośnie kart katalogowych mówi o nich w ostatnim akapicie - KASY AUTOMATYCZNE TERMINALE WJAZDOWE/WYJAZDOWE, stwierdzając, że: „Liczba i rozmieszczenie poszczególnych urządzeń zgodnie z charakterystyką instalacji teletechnicznych oraz dokumentacji rysunkowej. Konstrukcja wolnostojąca, odporna na niekorzystne warunki atmosferyczne. Obudowa kas i terminali spójna - wykonana ze stali nierdzewnej malowanej proszkowo w kolorze 7016.

Urządzenia mocowane na kotwy do betonowych fundamentów ustawionych min 6cm powyżej planowanego poziomu terenu. Fundamenty i montaż urządzeń wykonać zgodnie ze specyfikacją producenta urządzeń. W fundamentach zainstalować rury z tworzywa do wprowadzenia mediów zgodnie z DTR urządzeń.
Dokładny dobór typów kas i terminali nastąpi na etapie projektu wykonawczego.

Wykonawca powinien dołączyć do oferty karty katalogowe rozwiązań uwzględnionych na etapie ofertowania
Charakterystyka instalacji teletechnicznej zamieszczona została w PFU w pkt 2.5.2.2 Instalacje teletechniczne Zamawiający zamieścił opis wymagań funkcjonalnych dla oferowanego systemu parkingowego ale również Wymagania dotyczące urządzeń systemu parkingowego. Zamawiający zdefiniował wymagania dla następujących urządzeń systemu parkingowego parkingu P1 i P2: (i) serwery, (ii) centralna jednostka zarządzająca, (iii) terminal wjazdowy, (iv) terminal wyjazdowy, (v) punkt obsługi parkingu w terminalu (Zamawiający wymienił w jakie urządzenia wyposażony powinno być pomieszczenie obsługi parkingu), (vi) szlabany automatyczne, (vii) automatyczne kasy parkingowe, (viii) system LPR, (ix) tablice informacyjne. Warto wskazać, że zamawiający na str. 94-105 szczegółowo opisał cechy urządzeń składających się na system parkingowy w tym kas automatycznych i terminali wjazdowych/wyjazdowych. W ocenie odwołującego już z przywołanych wyżej postanowień SIWZ wynika, że karty katalogowe których odwołujący nie załączył do oferty potwierdzać miały potwierdzać spełnienie przez zaoferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Zgodnie z art. 25 ust 1 pkt 2 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców jedynie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu, siwz lub zaproszeniu do składania ofert.

Uszczegółowienie przywołanego przepisu w zakresie wskazania jakich dokumentów żądać może zamawiający zawarte jest w §13 ust 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 Lipca 2016r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2016 poz. 1126 z późn. zm.) - dalej: Rozporządzenie, zgodnie z którym w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności próbek, opisów, fotografii, planów, projektów rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać potwierdzona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego. Przywołany katalog dokumentów ma charakter katalogu otwartego, na co wskazuje zwrot „w szczególności”, a w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za dokument mieszczący się w tym katalogu uznawana jest również karta katalogowa produktu (KIO 2428/19 z 13 grudnia 2018r, KIO 397/20 z 10 marca 2020r.).

Zasadniczy charakter w sprawie ma ocena charakteru jaki przypisać należy żądanym kartom katalogowym. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 13 grudnia w sprawie o sygn. akt. KIO 2477/18 „ (...) Samo miejsce, w którym wymieniony został dokument oraz nazwa nadana rozdziałowi przez Zamawiającego w SIWZ, nie wpływają na klasyfikację dokumentów. Istotne jest, jakie okoliczności dokument ma potwierdzać, to decyduje o jego charakterze. Skoro zatem przedmiotowy dokument ma potwierdzać spełnienie przez oferowany produkt wymaganego przez Zamawiającego parametru (np.: parametr wodoodporności), to oznacza, że dokument ten jest dokumentem potwierdzającym spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez SIWZ, a zatem dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust 1 pkt 2 p.z.p.. Jako taki podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. (...)

Karta katalogowa urządzeń systemu parkingowego w przypadku zamówienia na roboty budowlane nie stanowi

oświadczenia samego wykonawcy co do sposobu wykonania zamówienia - ten bowiem jako podmiot nie będący producentem nie może być autorem karty katalogowej, która pochodzi od producenta urządzenia i stanowi informację o cechach użytkowych i parametrach technicznych opisanego w niej urządzenia. Potwierdzają to w analizowanym stanie faktycznym karty złożone wraz z ofertą wykonawcy Budimex S.A. - jedyną nie odrzuconą w tym postępowaniu. Pochodzą one od producenta urządzeń wymaganych w ramach systemu parkingowego i zgodnie postanowieniami pkt X.14 SIWZ zostały złożone w kopii podpisanej przez Wykonawcę (tu: Budimex S.A.) podpisem elektronicznym. Zgodnie ze wskazanym pkt SIWZ „(...) Dokumenty, o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju w sprawie rodzaju dokumentów (...), składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego przez wystawcę bądź w elektronicznej kopii dokumentu podpisanego przez Wykonawcę podpisem elektronicznym. Dodatkowo ale również i sposób złożenia kart katalogowych może potwierdzać, że był to dokument żądany na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, skoro wykonawca złożył je w formie wymaganej dla dokumentów z Rozporządzenia a więc co do zasady - zgodnie z art. 25 ust 1 i 2 dokumentów składanych właśnie na potwierdzenie cech oferowanych dostaw usług czy robót budowlanych a Zamawiający w pkt VII SIWZ - wykaz oświadczeń lub dokumentów nie wskazał, że wraz z ofertą należy złożyć karty katalogowe.

Należy podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wymagał podania w ofercie przez wykonawcę nazw urządzeń jakich zamierza on użyć do wykonania zamówienia (bądź przyjął na etapie ofertowania). Wymóg zaś w tym zakresie powinien być jasno wyrażony w siwz. Zamawiający zdefiniował zaś wymagane parametry techniczne urządzeń w ramach systemu parkingowego i nie żądając podania nazw, producenta czy rodzaju urządzenia zażądał przedstawienia kart katalogowych. W ocenie Odwołującego żądanie karty katalogowej miało więc na celu potwierdzenie, dowodem w postaci karty katalogowej, że oferowane w ramach wykonania robót budowlanych urządzenia spełniają wymagania opisane w PFU. Tylko taki można wskazać logiczny związek pomiędzy określeniem w PFU szczegółowych wymagań dla urządzeń systemu parkingowego i żądaniem przedstawienia kart katalogowych urządzeń w sytuacji gdy jednocześnie Zamawiający nie wskazuje w SIWZ konieczności podawania informacji o zastosowanych rozwiązaniach materiałowych. Taki wniosek wynika też z wyroku KIO z 27 lutego 2020 r. w sprawie 295/20 w której Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „

(...) Żądanie przez zamawiającego dokumentów

przedmiotowych w sytuacji gdy w treści SIWZ nie przedstawiono wymagań odnoszących się do danego elementu dostaw, usług czy robót budowlanych, którego dotyczyć ma składany dokument, jest żądaniem nieskutecznym jako pozbawione podstawy prawnej i faktycznej. Analogicznie żądanie należy uznać za nieuzasadnione w przypadku, gdy dokument, którego zamawiający wymagał na potwierdzenie spełnienia określonych wymagań, nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania (...) ”. A contrario wynika z niego, że żądanie dokumentów przedmiotowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tj. dokumentów o których w mowa w art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy pzp jest prawnie dopuszczalne tylko wówczas Zamawiający stawia wymagania odnośnie dostaw, usług lub robót budowlanych celem karty jest bowiem potwierdzenie wymagań zdefiniowanych przez zamawiającego. Potwierdza to wskazany wyżej przez odwołującego związek kart katalogowych z opisem wymagań zamawiającego co do urządzeń systemu parkingowego w przedmiotowym postępowaniu.

Brak karty katalogowej tym bardziej nie może oznaczać niezgodności oferty z SIWZ, że w treści oferty Odwołujący złożył oświadczenie o tym, że „Wykonawca zapoznał się z SIWZ oraz Istotnymi Postanowieniami umowy, nie wnosi do nich zastrzeżeń i przyjmuje warunki w nich zawarte ”. Skoro każdy z wykonawców złożył takie oświadczenie a zamawiający nie wymagał wskazania rozwiązań materiałowych to jako aktualne w analizowanym stanie faktycznym należy przywołać stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w sprawie KIO 646/18 z 13 kwietnia 2018r. zgodnie z którym „ (...) Dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiem przez zamawiającego. Oznacza to, że zadeklarowane przez wykonawcę w treści oferty świadczenie (produkt) musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach składanych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia określonych dla danego zamówienia w danym postępowaniu wymagań. Tym samym oświadczenia i dokumenty składane dla potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań odnoszące się bezpośrednio do właściwości przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy (przedmiotu zamówienia), co do zasady

są zarówno w znaczeniu materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego (zgodnie ze specyfikacją) wykonania zamówienia. Z kolei przepis art. 26 ust 3 czy ust. 4 p.z.p. służy wyjaśnieniu niezrozumiałej dla zamawiającego treści oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p., a nie zmianie ich treści. (...) ". Analogicznie w rozpatrywanej sytuacji karty katalogowe miały więc potwierdzić oświadczenie wykonawcy wyrażone w ofercie o tym, że urządzenia które wykonawca przyjął do wyceny i co do których złożył oświadczenie, że nie zgłasza zastrzeżeń i akceptuje warunki w nich zawarte posiadają cechy zdefiniowane przez zamawiającego.

W analizowanej sytuacji karty katalogowe są jedynymi dokumentami, z których zamawiający może posiadać wiedzę o cechach oferowanego przez wykonawcę asortymentu. W związku z tym powinny one potwierdzać spełnienie wszystkich wymogów zawartych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia skoro wymagania takie zostały bardzo szczegółowo określone. O tym, że zamawiający błędnie odrzucił ofertę odwołującego świadczy też analiza kart katalogowych złożonych w nie odrzuconej ofercie Budimex S.A. Z kart tych wynika po pierwsze, że zaoferowane urządzenia są niezgodne z PFU. Terminal wjazdowy i wyjazdowy, zgodnie z PFU, powinien posiadać obudowę wykonaną ze stali kwasoodpornej lub innego materiału strukturalnie odpornego na korozję i akty wandalizmu, przystosowanej do pracy intensywnej, bryzgoszczelną, odporną na zmienność warunków atmosferycznych (zakładana temperatura otoczenia w zakresie od - 30°C do +45°C. Karta katalogowa Budimex S.A. potwierdza zaś temperaturę pracy obydwu tych urządzeń w zakresie -25 °C do + 70°C a więc w dolnych warunkach brzegowych wyższych niż wymagane. Ponadto w wyniku zmiany w PFU wymagana pojemność zasobnika biletowego wynosić miała min. 4500 tys. podczas gdy wg. karty katalogowej Polchip zasobnik ten ma pojemność ok 4000 biletów. Po drugie, nie są to również wszystkie wymagane karty katalogowe - brakuje bowiem kart katalogowych tablic informacyjnych wymienionych na str. 105 PFU jako urządzenia systemu parkingowego oraz urządzeń Punktu Obsługi Pasażerów w Terminalu, które w odpowiedzi na pytania jednego z wykonawców „Proszę o doprecyzowanie wyposażenia. Proszę o doprecyzowanie jakie wyposażenie Systemu kontroli wjazdu i wyjazdu wymagane jest Biurze obsługi w zlokalizowanym w Terminalu” — Zamawiający odpowiedział „Biuro obsługi w terminalu musi być wyposażone w 1 kasę ręczną, drukarkę, komputer z dostępem do ZISZP, komputer z dostępem do systemu ABACUS, stacja intercomowa obsługująca połączenie pomiędzy urządzeniami parkingowymi a obsługą parkingu.).

Konsekwentne przyjęcie, że karta katalogowa jest treścią oferty a nie dokumentem przedmiotowym powinno powodować, że opisane niezgodności w kartach powinny uzasadniać również odrzucenie oferty Budimex S.A. jako niezgodnej z siwz. Sposób oceny tej oferty potwierdza więc stanowisko Odwołującego o tym, że dokument ten miał w tym postępowaniu charakter opisany w art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy pzp a w zw. z tym w analizowanym stanie faktycznym zastosowanie powinien mieć art. 26 ust 3 ustawy pzp. Nie wezwanie tego wykonawcy do wyjaśnienia czy uzupełnienia dokumentów przedmiotowych w postaci kart katalogowych tym bardziej potwierdza że miały one charakter przedmiotowy. Zgodnie bowiem z art. 26 ust 3 ustawy pzp „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.” Jedynym uzasadnieniem dla nie zastosowania w stosunku do Budimex S.A. procedury z art. 26 ust 3 ustawy pzp i jednoczesnego nie odrzucenia tej oferty z powodu jej niezgodności z siwz jest przyznanie rzeczonym kartom charakteru dokumentu przedmiotowego i nie wzywanie do ich uzupełnienia ze względu na unieważnienie postępowania.

Dodatkowo Odwołujący pragnie zwrócić uwagę na to, że dyspozycją art. 26 ust 3 ustawy pzp objęte jest wezwanie do uzupełnienia nie tylko dokumentów wymienionych w art. 25 ust 1 ale również innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Skoro brak kart katalogowych powodował odrzucenie ofert a w konsekwencji stał się powodem unieważnienia postępowania bo w wyniku braku przeprowadzenia aukcji elektronicznej najkorzystniejszą ofertą była jedyna, która nie została odrzucona a której wartość przekraczała budżet zamawiającego, to tym bardziej dokument ten należy uznać za niezbędny do przeprowadzenia postępowania. Jak wyjaśniła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z

dnia 13 grudnia 2018 r. sygn. akt. KIO 2477/18 „(...) Niezależnie od powyższego, nawet gdyby uznać za prawidłową interpretację Zamawiającego i Przystępującego, że certyfikat wandaloodporności nie stanowi dokumentu potwierdzającego spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez SIWZ, a zatem dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (której to interpretacji Izba nie podziela), to należy mieć na uwadze treść art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym. Z artykułu tego wynika zatem, że uzupełnieniu mogą podlegać także inne dokumenty, niż wymienione w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Katalog zatem dokumentów podlegających uzupełnieniu jest szeroki i nie ogranicza się jedynie do dokumentów, o których mowa w art. 25 czy 25a ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, dokument w postaci certyfikatu wandaloodporności IK09 dla tablicy podobnej podlega uzupełnieniu w trybie tego artykułu.

Zgodnie z pkt XVI.4. SIWZ Zamawiający przewidział, że „ (...) przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli zostaną złożone, co najmniej 2 (dwie) oferty niepodlegające odrzuceniu w postępowaniu. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej zostanie wysłane do Wykonawców za pośrednictwem Platformy. Tylko zaproszeni Wykonawcy będą mieli możliwość wzięcia udziału w aukcji (...) ”. Zgodnie z art. 91 a) ustawy pzp Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, oraz jeżeli można w sposób precyzyjny określić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Oznacza to, że dopiero po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, której Zamawiający zaniechał błędnie odrzucając ofertę Odwołującego, mógł on dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej i dopiero porównując wartość tak wybranej oferty z kwotą którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia stwierdzić podstawę do zastosowania art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy pzp . Na obecnym etapie postępowania decyzja ta jest nieuzasadniona i przedwczesna. Oparta jest na błędnym przyjęciu, że wybór oferty najkorzystniejszej mógł być dokonany z pominięciem aukcji elektronicznej podczas gdy prawidłowa ocena ofert w tym postępowaniu wymagała jej przeprowadzenia właśnie w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający przewidział że przedmiotem aukcji będzie tylko cena nie wprowadzając ograniczeń co do przedstawionych wartości. Tym bardziej więc ceny podane w ofertach wykonawców nie są wartościami ostatecznymi z którymi należy porównywać budżet zamawiającego. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić do wniosku, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty nie podlegające odrzuceniu a w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej należy przeprowadzić aukcję elektroniczną. Jak wyjaśnia się w doktrynie i co potwierdza zarzut naruszenia art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy „ (...) aukcję elektroniczną przeprowadza się po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty. Celem aukcji jest uzyskanie korzystniejszych ofert i wybór oferty najkorzystniejszej. Wykonawca, dokonując postąpień w toku aukcji, składa oświadczenie woli, które w świetle Prawa zamówień publicznych jest modyfikacją pierwotnego oświadczenia woli stanowiącego ofertę wykonawcy, a więc dokonuje on zmiany oferty jednostronnie, bez udziału zamawiającego i wiedzy pozostałych wykonawców (...)”. Aby więc wybrać ofertę najkorzystniejszą o której mowa w art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy pzp należy wpierv przeprowadzić aukcję którą zamawiający przewidział i której przesłanki przeprowadzenia zostały w tym postępowaniu spełnione. W wyroku z 4.09.2013 r., sygn. akt KIO 2055/13 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę na to, że „ ustawodawca w ramach aukcji elektronicznej używa pojęcia oferty w trzech znaczeniach oferty pisemnej wykonawcy złożonej przed aukcją elektroniczną - art. 91 a ust. 1 art. 91b (złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu), art. 91 a ust. 3 (dokonano oceny oferty przed otwarciem aukcji elektronicznej), art. 91 b ust. 2 pkt 1 (pozycji złożonych przez nich ofert) oferty w toku aukcji elektronicznej - czyli postąpienia fart. 91b ust. 4, art. 91 c ust. 3 i 4 ustawy) i oferty wybranej po zakończeniu aukcji — art. 80 ust 2 w związku z art. 91 c ust. 5 ustawy. Izba doszła do wniosku, że oferty w toku aukcji - postąpienia to fragmenty oferty złożonej w terminie składania ofert, którymi wykonawcy konkurują w trakcie aukcji. Zatem oferta pierwotna nie wygasa jest wiążąca w tej części, która nie jest przedmiotem postąpień. Taki wniosek należy wyprowadzić przede wszystkim z art. 91c ust. 4 ustawy zgodnie z którym bieg terminu związania ofertą nie ulega przelewaniu, pomimo tego, że mniej korzystne postąpienie wygasa. Oferta wybrana, o której mowa w art: 80 ust 2

ustawy, to z kolei oferta pierwotna zmieniona o wartości ustalone w wyniku aukcji. Tym samym nadal jest to oferta, która została przez wykonawcę złożona w dniu składania ofert uzupełniona o nowe elementy zmienione zgodnie z wolą ustawodawcy w toku aukcji elektronicznej. W przypadku przesłanki z art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy pzp i aukcji elektronicznej należy mieć na myśli ofertę wybraną po zakończeniu aukcji - którego to wyboru Zamawiający niezasadnie zaniechał i przedwcześnie uznał, że kwota którą zamierza przeznaczać na realizację zamówienia jest niższa niż cena najkorzystniejszej oferty.

Dodatkowo, w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 93 ust 1 pkt 4 wskazać również należy, że w tym postępowaniu Zamawiający przewidział procedurę odwróconą. Za wyrokiem KIO 518/20 z 4 czerwca 2020r. oraz wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2018 r. sygn. akt: KIO 391/18 Odwołujący wskazuje, że „ (...) zwrot "oferta oceniona jako najkorzystniejsza" zdaniem Izby powinien być rozumiany jako oferta która w wyniku wstępnej oceny została oceniona przez Zamawiającego najwyżej. Natomiast aby można było mówić o "ofercie najkorzystniejszej" Zamawiający powinien zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. (...). Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że dopiero po badaniu, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający ma pewność, że oferta taka może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Możliwa jest przecież sytuacja i często się to zdarza w postępowaniach z zastosowaniem procedury a art. 24 aa ustawy Pzp, że po badaniu, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, wykonawca podlega wykluczeniu, a zamawiający przeprowadza takie badanie wobec wykonawcy następnego w kolejności. Zatem bez takiego badania nie można jednoznacznie przesądzić, czy wykonawca i jego oferta ostaną się w postępowaniu. ” Zamawiający zaniechał badania podmiotowego wykonawcy, ograniczając się do badania ofert, co uzasadnia również błędne zrównanie oferty najkorzystniejszej z ofertą ocenianą jako najkorzystniejsza co tym bardziej potwierdza nieuzasadniony, bo przedwczesny, charakter decyzji o unieważnieniu postępowania. Mając na względzie powyższą argumentację naruszenia przepisów PZP wskazane w petitum odwołania są oczywiste. Wnosi zatem o uwzględnienie wniosków odwołania.

Sygn. akt KIO 2074/20 24 odwołanie 24 sierpnia 2020r. odwołujący MIRBUD S.A. z s.
w Skierniewicach,
zamawiający Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z s. w Warszawie

odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Budowa układu drogowego wraz z włączeniem i przebudową ul. Lubelskiej, włączeniem w al. Wojska Polskiego oraz wykonaniem infrastruktury technicznej, stanowiąca część zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa Portu Lotniczego Radom - Sadków” w formule projektu i buduj, numer referencyjny: 48/PN/ZP/TLLZP/20 (dalej „Postępowanie”).

I. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. z dnia 11 września 2019 r., Dz.U. z 2019 r. poz. 1843; dalej: „ustawa Pzp”), MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (dalej: „Odwołujący”), ubiegająca się o udzielenie zamówienia publicznego w toku Postępowania, wnosi odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Przedsiębiorstwa Państwowego „Porty Lotnicze” (dalej: „Zamawiający”), podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

(I. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie w formule projektu i wybuduj układu drogowego wraz z włączeniem i przebudową ul. Lubelskiej, włączeniem w al. Wojska Polskiego oraz wykonaniem infrastruktury technicznej, stanowiąca część zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa Portu lotniczego Radom - Sadków”.

Zakres prac obejmuje:

- 1.przygotowanie projektu wykonawczego zgodnego z PFU i projektem budowlanym;
- 2.wykonanie robót budowlanych niezbędnych do wykonania zamówienia;
- 3.uzyskanie decyzji o pozwolenie na użytkowanie.

III. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 04 czerwca 2020 r., numer ogłoszenia 2020/S 107-260278

IV. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zatem, niniejsze odwołanie uznać należy za dopuszczalne.

V. Zamawiający poinformował o podjęciu oraz zaniechaniu zarzucanych mu czynności w dniu 14 sierpnia 2020 r., tj. wraz z przekazaniem drogą internetową informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o unieważnieniu Postępowania. Zatem, niniejsze odwołanie wnoszone jest z zachowaniem dziesięciodniowego terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

VI. Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, a polegające na:

1. zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty,
2. odrzucenie oferty Odwołującego, bez uprzedniego wyczerpania obligatoryjnego w świetle ustawy Pzp trybu uzupełnień
3. zaniechania wyznaczenia terminu aukcji elektronicznej, po skutecznym uzupełnieniu oferty przez Odwołującego
4. unieważnieniu Postępowania z uwagi na przewyższenie przez cenę najniższej oferty kwoty, którą dysponuje Zamawiający, bez uprzedniego wyczerpania obligatoryjnego w świetle specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) przeprowadzenia aukcji elektronicznej,
5. zaniechanie wybrania oferty najkorzystniejszej, po przeprowadzonej aukcji elektronicznej.

VII. Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dochowywania należytej staranności podczas czynności badania i oceny ofert, a co za tym idzie - że jest uprawniony do nie wzywania Odwołującego do uzupełnienia kart katalogowych, choć stanowią one dokument uzupełniany, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dochowywania należytej staranności podczas czynności badania i oceny ofert, a co za tym idzie - że jest uprawniony do przedwczesnego odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo że przedmiot oferty Odwołującego jest zgodny z SIWZ, a jedynie w ofercie brakuje kart katalogowych, co Odwołujący jest w stanie szybko i skutecznie uzupełnić, na stosowne wezwanie Zamawiającego;

3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art.

91b ust 1 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie że Zamawiający nie jest zobowiązany do dochowywania należytej staranności podczas czynności badania i oceny ofert, a co

za tym idzie - że jest uprawniony do przedwczesnego unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że jedyna oferta którą nie odrzucił, przewyższa jego budżet, gdy tymczasem, po skutecznym konwalidowaniu oferty Odwołującego, Zamawiający zobowiązany byłby do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w czasie której cena ofert drastycznie spada, co z pewnością przełożyłoby się na zaoferowanie przez wykonawców biorących udział w aukcji, ceny ofertowej odpowiadającej budżetowi Zamawiającego;

4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dochowywania należytej staranności podczas czynności badania i oceny ofert, a co za tym idzie - że jest uprawniony do przedwczesnego unieważnienia Postępowania, choć po przeprowadzonej aukcji elektronicznej powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z ustanowionymi przez siebie kryteriami oceny ofert.

VIII. W związku z opisanymi naruszeniami, oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. ponowienia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wezwania Odwołującego do uzupełnienia kart katalogowych,

4.zaproszenia Odwołującego do przystąpienia do aukcji elektronicznej, po skutecznym konwalidowaniu przez Odwołującego własnej oferty.

5.dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, po przeprowadzonej aukcji elektronicznej.

IX.Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia i dlatego złożył ofertę w Postępowaniu. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, należycie zbadałby i ocenił ofertę Odwołującego. W konsekwencji, Zamawiający nie odrzuciłby oferty Odwołującego i nie unieważniłby Postępowania, gdyż przeprowadzona aukcja elektroniczna doprowadziłaby do zmniejszenia się cen ofertowych, wskazanych w ofertach.

Poprzez wskazane powyżej czynności Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia i realizacji zamówienia na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans).

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący podkreśla ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

X.Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, kopia niniejszego odwołania została przekazana zamawiającemu.

UZASADNIENIE odwołania

A. BEZPRAWNE ODRZUCENIE OFERTY ODWOŁUJĄCEGO

1.W Załączniku nr 3 „Opis przedmiotu zamówienia” do SIWZ, w ust. 6 Parkingi P1 i ust. 7 Parkingi P2, Zamawiający zawarł następujący zapis:

„Parking należy wyposażać w oznakowanie poziome i pionowe, szlabany, system parkingowy, monitoring, miejsce na wózki bagażowe i inne zgodnie ze szczegółami określonymi w projekcie zagospodarowania terenu i projektach branżowych. Do oferty należy dołączyć karty katalogowe urządzeń, kas automatycznych i terminali wjazdowych i wyjazdowych, które Wykonawca przewiduje do zastosowania”.

2.Również w Załączniku do cytowanego OPZ, tj. w Programie Funkcjonalno- Użytkowym, w ust. 2.5.2.3 Instalacje Techniczne, punkt System Kontroli Wjazdów i Wyjazdów, Zamawiający „W ramach zadania przewiduje się zaprojektowanie i wykonanie systemu kontroli wjazdów i wyjazdów na obszar Portu (część ogólnodostępna - w systemie Kiss&Fly). Do Portu prowadzą dwa wjazdy:

-Wjazd nr1 (od ul. Lubelskiej).

-Wjazd nr 2 (od al. Wojska Polskiego).

„Wykonawca powinien dołączyćdo oferty karty katalogowe rozwiązań uwzględnionych na etapie ofertowania”.

3.Przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający w SIWZ określa "oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) (...), 2) spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego". Dalej, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że jeżeli wykonawca nie złoży lub złoży niepoprawne oświadczeniu lub dokumenty „o których mowa w art. 25 ust. 1", to "zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia".

4.Odwołujący podkreśla, że Zamawiający nie wzywał Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych kart katalogowych. Zaś w informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający uzasadniając swoją czynność wskazuje, że nie był uprawniony do zmian treści oferty Odwołującego, w świetle dyspozycji normy zawartej w art. 87 ust 1 ustawy Pzp. Zamawiający błędnie jednak przyjmuje, że karty katalogowe stanowią treść oferty sensu stricto, nie podlegającą uzupełnieniu, gdy tymczasem karty katalogowe stanowią dokumenty składane na potwierdzenie, że oferta jest zgodna z SIWZ, i jako takie stanowią treść oferty, która podlega pod reżim art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto, karta katalogowa ma charakter dokumentu prywatnego, o treści wskazanej przez producenta lub dystrybutora. Zaś w świetle żądania zawartego w SIWZ nie można

uznać, że karty katalogowe miały potwierdzać całościowo czy częściowe wymagane parametry - wymóg taki nie został w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawiony. Zatem, jakkolwiek karta katalogowa oferowanych urządzeń, nawet nie potwierdzająca jakiegokolwiek parametru, już stanowiła o wypełnieniu obowiązku ich dołączenia do oferty. Fakt nie złożenia kart katalogowych nie może więc oznaczać, że oferowane urządzenia są niezgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż karty katalogowe nie mają normatywnie określonej treści, a producenci bardzo różnie formułują tę treść. Najczęściej, karty katalogowe są rodzajem folderu reklamowego, czy też deklaracji producenta bądź dystrybutora, która z natury rzeczy nie musi wymieniać (i często nie wymienia) wszystkich parametrów urządzenia. Zatem ustanowienie wymogu załączenia kart katalogowych, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na domniemane niespełnienie parametrów.

5.Odwołujący jest świadomy, że w niektórych przypadkach karty katalogowe stanowią treść oferty sensu stricto, ale w Postępowaniu taka sytuacja nie występuje. Klarownego rozróżnienia typu dokumentu dokonała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 listopada 2018r. o sygn. akt KIO 2407/18, gdzie Izba orzekła: „Jak słusznie wskazał Odwołujący, o ile nie wynika to bezpośrednio z istoty dokumentów (np. formularz ofertowy, formularz cenowy lub formularz wskazujący oferowane parametry - przy czym dwa ostatnie mogą stanowić osobne dokumenty lub część formularza ofertowego) lub z treści ustawy Prawo zamówień publicznych i aktów wykonawczych, to dany zamawiający w danym postępowaniu w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nadaje danym dokumentom przedmiotowym stosowny charakter -uzupełnianych lub nieuzupełnianych. Karty katalogowe

1 inne dokumenty zawierające specyfikację techniczną oferowanych urządzeń mogą mieć zarówno charakter dokumentów uzupełnianych, jak i nieuzupełnianych - w zależności od wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Rozróżnianie charakteru dokumentów związane jest z zasadą niezmienności treści oferty oraz równym traktowaniem wykonawców co do terminu na przygotowanie i złożenie oferty, w tym z faktem, że wykonawca nie może jej budować po terminie składania ofert w zakresie, w jakim dane informacje miały znajdować się w ofercie. Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wskazał na charakter spornego dokumentu, ale ze względu na dane, które miał on zawierać, tj. potwierdzać deklarację wykonawcy zawartą w formularzu ofertowym, należy się zgodzić, że w tym przypadku mają one charakter uzupełniany, ponieważ jedynie potwierdzają, a nie wskazują parametry, które zostały określone w samym formularzu ofertowym, tym samym nie budują tej ścisłej treści oferty, którą są dane zawarte w formularzu ofertowym". Innymi słowy, gdyby Zamawiający zawarł w SIWZ wymóg, że karta katalogowa ma zawierać informacje A, B, C lub też że ma potwierdzać parametr X, Y, Z, to wówczas karta katalogowa miałaby charakter dokumentu nieuzupełnianego. Z uwagi jednak na fakt, że nie była narzucona jakkolwiek treść tego dokumentu, a zatem może się ona ograniczać wyłącznie do nazwy producenta/dystrybutora oraz zdjęcia produktów, to stwierdzić należy, że walor informacji zawartych w karcie katalogowej nie może być uznany za zastępujący oświadczenie wykonawcy o zaoferowaniu danego produktu w ramach ceny ofertowej.

6.Z najdalej idącej ostrożności odwołujący wskazuje także, że nawet jeżeliby uznać, że karty katalogowe są dokumentami nieuzupełnianym - z czym Odwołujący się nie zgadza - to i wówczas, z uwagi na zasadę proporcjonalności, oferta nie mogłaby podlegać odrzuceniu. Odwołujący podkreśla bowiem, że wartość dostaw, których dotyczył obowiązek przedkładania kart katalogowych jest marginalna. Mianowicie, wartość „urządzeń, kas automatycznych i terminali wjazdowych i wyjazdowych, które Wykonawca przewiduje do zastosowania ” to ok. 887.155,95 EUR brutto, czyli uwzględniając kurs euro z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu (w dniu 04.06.2020r., zgodnie z publikacją średniego kursu przez NBP: 4,4347) wartość ta wynosi ok 3.934.270,49 PLN brutto. Ta kwota stanowi zaś ok. 3,98% kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, oraz ok, 2,17% wartości oferty Odwołującego. Zgodnie zaś z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dyrektyw Komisji Europejskiej praktyka wyłaniania usługodawcy w drodze przetargu publicznego powinna być zgodna z zasadą proporcjonalności i równego traktowania. Niewątpliwie Urząd Zamówień Publicznych i Krajowa Izba Odwoławcza powinny dokonywać oceny przetargu publicznego przez pryzmat tych zasad.

7.Jak wynika z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE: „Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie

konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców" (art. 18 ust. 1 dyrektywy). „Specyfikacje techniczne zapewniają równy dostęp wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia i nie tworzą nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia zamówienia publicznego na konkurencję" (art. 42 ust. 2 dyrektywy). Dyrektywa 2014/24/UE została implementowana do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Nadaje ona zasadzie proporcjonalności zawartej w art. 7 ustawy Pzp. rangę ogólnej zasady postępowania. Zgodnie ze znowelizowanym art. 7 ustawy Pzp „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości".

8.Co prawda zasada proporcjonalności jest najczęściej akcentowana w kontekście ustanawiania warunków udziału w postępowaniu, jednakże jej stosowanie nie powinno być w ten sposób zawężane. Również w odniesieniu do naruszeń należy stosować zasadę proporcjonalności, która najczęściej przejawia się w orzecznictwie wskazówką, że formalizm nie może zdominować postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Chociażby w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07 judykatura wskazuje, że „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad PZP. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel Ustawy". Tymczasem - w kontekście przedmiotu zamówienia - celem Ustawodawcy jest weryfikacja ofert pod kątem zgodności przedmiotu zamówienia z SIWZ, przy czym, jako przedmiot zamówienia Zamawiający wskazuje „Zakres prac [który] obejmuje:

- 1.przygotowanie projektu wykonawczego zgodnego z PFU i projektem budowlanym;
- 2.wykonanie robót budowlanych niezbędnych do wykonania zamówienia;
- 3.uzyskanie decyzji o pozwolenie na użytkowanie

9.Z cytowanej treści SIWZ wynika, że wg klasyfikacji Zamawiającego, w przypadku Postępowania, istotne są usługi projektowe, roboty budowlane i efekt końcowy, w postaci pozwolenia na użytkowanie. W kontekście zasady proporcjonalności, stosowane sankcje powinny uwzględniać ważność tych zakresów. Natomiast, wymóg dotyczący złożenia kart katalogowych, których treść minimalna nie została w SIWZ wskazana, bo są one aż tak nieistotne w kontekście całego przedmiotu zamówienia, a które to karty katalogowe jako takie są często folderami o kwestionowanej pewności (często dotyczą tylko jednego z wielu rozwiązań, które są w ramach danego urządzenia ofertowane i to oświadczenie producenta lub dystrybutora, dedykowane dla danego Postępowania, przesądza o tym, jakie są możliwości techniczne danego sprzętu), nie może stać się podstawą do uznania, że treść oferty jest niezgodna z SIWZ, bo katalogi te nie zostały złożone wraz z pierwotną treścią oferty. Są to mało istotne elementy, które z uwagi na zasadę proporcjonalności nie powinny przesądzać o ważności oferty.

B. BEZPRAWNE ZANIECHANIE PRZEPROWADZENIA AUKCJI I BEZPRAWNE UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA

10.Odwołujący wskazuje także, że w części XVI SIWZ Informacje dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, w ust. 2 i 4, Zamawiający

1wskazuje:

„2. Zamawiający przewiduje dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej na zasadach określonych w art 91a - 91e ustawy. Aukcja zostanie przeprowadzona za pośrednictwem Platformy SmartPZP 3.(...).

4.„Zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli zostaną złożone, co najmniej

2(dwie) oferty niepodlegające odrzuceniu w postępowaniu. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej zostanie wysłane do Wykonawców za pośrednictwem Platformy. Tylko zaproszeni Wykonawcy będą mieli możliwość wzięcia udziału w aukcji".

Odwołujący oświadcza, że Zamawiający, nie przystępując do procedury konwalidowania oferty Odwołującego, bezpodstawnie uznał, że nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu. Skutkiem tego Zamawiający uznał, że jedynie oferta złożona przez Budimex SA, z ceną ofertową 199 548 669,93 brutto, nie podlega odrzuceniu, lecz z uwagi na znaczne przekroczenie budżetu, nie może zostać wybrana ofertą najkorzystniejszą. Konsekwentnie, Zamawiający unieważnił Postępowanie, na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, czym naruszył jednak niniejszy przepis, gdyż czynność ta jest przedwczesna.

11. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy, wówczas wezwałby Odwołującego do uzupełnień, a po skutecznym uzupełnieniu kart katalogowych, zaprosiłby Odwołującego do aukcji elektronicznej, a następnie byłby uprawniony do dalszego decydowania - czy obniżone w toku aukcji elektronicznej ceny mieszczące się w budżecie Zamawiającego czy też faktycznie nie jest w stanie zlecić wykonania przedmiotowego zamówienia za oferowaną cenę, co skutkować powinno unieważnieniem postępowania w trybie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. Mając na uwadze, jak znacznie wykonawcy obniżyli pierwotnie zaoferowane ceny podczas innych aukcji elektronicznych organizowanych przez Zamawiającego, w ramach projektu „Rozbudowa Portu lotniczego Radom - Sadków”, spodziewać się należy, że ostateczna cena ofertowa pozwalałaby Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Mając na uwadze zarzuty i żądania oraz argumentację przedstawioną w niniejszym odwołaniu, Odwołujący (MIRBUD) wskazuje, że odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający

Izba poniżej prezentuje stanowisko złożone do protokołu przez zamawiającego.

Wyciąg z protokołu „Zamawiający:

Wnosi o oddalenie obydwu odwołań w całości. Nie doszło do naruszeń wskazanych w odwołaniu. Ponadto nie ma podstaw prawnych do wzywania celem uzupełnienia kart katalogowych.

Co do uzasadnienia o zbyt lakoniczne uzasadnienie to zwraca uwagę, że takiego zarzutu w odwołaniu tego wykonawcy nie było. Uzupełniając w drugim odwołaniu, tj. STRABAG również nie było zarzutu, iż uzasadnienie, co do stanu faktycznego i prawnego było zbyt lakoniczne. Uważa, że charakter kart katalogowych ma znaczenie w ocenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Podkreśla charakter art. 87 ustawy w związku z oczekiwaniami Odwołujących, aby Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3.

Odnosnie podnoszonej kwestii zasady proporcjonalności przez Odwołującego MIRBUD, uważa, że nie ma ona tutaj zastosowania, bowiem chodzi o sprzeczność oferty z SIWZ. Jeżeli chodzi o podnoszoną kwestię przez STRABAG, że dostrzeżono brak części kart katalogowych oraz wynikające z doręczonych kart katalogowych niezgodności parametrów oferowanych urządzeń w tych aktach z PFU to oświadczają, że oferta Budimex nie została poddana tak szczególnej analizie, bowiem przyjęto, iż jest to inna sytuacja niż Odwołujących, którzy nie doręczyli kart.

W tym miejscu wyjaśnia, że również 4 wykonawca, który nie złożył odwołania nie zawarł w ofercie kart katalogowych i również jego oferta została odrzucona. Ewentualne przywoływanie formuły z formularza ofertowego o zapoznaniu się z treścią SIWZ i akceptacji wszelkich postanowień, bądź oświadczenie o przyrzeczeniu realizacji zamówienia zgodne z postanowieniami uważa, że nie są wystarczające w sytuacji, kiedy według SIWZ oczekiwał złożenia kart katalogowych do oferty. Również na kolejne pytania Izby Zamawiający informuje, że wartość inwestycji w tym projekcie jest aktualna, PFU było opracowane na poziomie miesiąca maja tego roku, a termin składania ofert upływał w czerwcu, także wartość zamówienia w jego ocenie jest aktualna. Natomiast mniej więcej określa wartość złożonych ofert, które wahają się w przypadku MIRBUD i Budimex na poziomie 180 mln, a Odwołujący STRABAG na poziomie ok. 275 mln. Są to znaczne przekroczenia w stosunku do kwoty, jaką zamierza przeznaczyć, prowadził po złożeniu ofert czynności celem ustalenia możliwości zwiększenia kwot budżetu, nie mniej bez powodzenia. W związku z powyższym zwraca uwagę na obligatoryjność art. 93 ust. 1 pkt 4 w sytuacji, jaka ma miejsce w tym postępowaniu, która to regulacja obliuguje go do unieważnienia postępowania.

W tym miejscu oświadczają, że w związku ze złożonymi ofertami, które dwukrotnie przekraczały budżet inwestycji zwracał się do przedsiębiorstwa i uzyskał negatywną odpowiedź, co do zwiększenia kwoty na realizację tego zamówienia, owszem zadanie będzie kontynuowane, nie ma decyzji na dzień dzisiejszy o zwiększeniu kwot, a raczej zastanawia się nad weryfikacją przedmiotu zamówienia. Nie może oświadczyć tego, czy kwota zostanie zwiększona. Podkreśla, że nie oświadczają, że kwota po podpisaniu nowego przetargu będzie podwyższona czy też nie, ale postępowanie będzie dalej prowadzone. (...) Zamawiający: Wnosi o oddalenie odwołań.

Był upoważniony przed wyborem unieważnić postępowanie, na co już wskazywał dzisiaj w poprzedniej wypowiedzi. Odnosząc się również do art. 26 ust. 3 zwraca uwagę na infine tego przepisu, który mówi o tym, że nie wzywa się, gdy zachodzi konieczność unieważnienia. W tym przypadku podstawę stanowiły kwoty zaproponowane, które przekraczały budżet Zamawiającego. Co do podnoszonego braku przedłożonego dowodu na szukanie środków dodatkowych to wskazuje na orzecznictwo Izby, które takiego wymogu dowodowego stronę Zamawiającego nie obliuguje. Zamawiający nie

ma obowiązek do szukania dalszych środków, skoro nie ma obowiązku szukania większych środków to nie ma obowiązku przedkładania dowodu, że takie czynności dokonywał. Zwraca uwagę na zakres kognicji Izby w związku z kwestiami podnoszonymi w stosunku do Budimex. Gdyby Izba uznała, że Zamawiający miał obowiązek do wezwania uzupełnienia dokumentów to uważa, że nie ma to znaczenia dla rozstrzygnięcia wobec unieważnienia postępowania w związku z treścią infine art. 26 ust. 3. Wnosi o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów z tytułu zastępstwa procesowego”.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

sprawach odwoławczych o:

Sygn. akt KIO 2069/20

i

Sygn. akt KIO 2074/20

Przedmiot zamówienia, rodzaj zamówienia, miejsce publikacji ogłoszenia, termin wniesienia odwołań

Odwołania wniesiono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w formule projektuj i buduj pn.: Budowa układu drogowego wraz z włączeniem i przebudową ul. Lubelskiej, włączeniem w al. Wojska Polskiego oraz wykonaniem infrastruktury technicznej, stanowiąca część zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa Portu Lotniczego Radom - Sadek” w formule projektuj i buduj, numer referencyjny: 48/PN/ZP/TLLZP/20.

Zakres prac obejmuje:

- 1.przygotowanie projektu wykonawczego zgodnego z PFU i projektem budowlanym;
- 2.wykonanie robót budowlanych niezbędnych do wykonania zamówienia;
- 3.uzyskanie decyzji o pozwolenie na użytkowanie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 04 czerwca 2020 r., numer ogłoszenia 2020/S 107-260278.

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu o wartości zamówienia wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Zamawiający poinformował o podjęciu oraz zaniechaniu zarzucanych mu czynności przez odwołujących w dniu 14 sierpnia 2020 r., wraz z przekazaniem drogą internetową informacji o odrzuceniu oferty odwołujących oraz o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołania wniesiono z zachowaniem dziesięciodniowego terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Czynności, zaniechania, zarzuty, żądania, interes prawny KIO 2069/20 Strabag Sp. z

o.o.

Zaskarżenie czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp/ustawy jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz) a w konsekwencji unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy pzp w wyniku uznania, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, która zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia.

I.Zarzuty.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego zarzucono naruszenie:

5.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez uznanie, że treść oferty odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych

warunków zamówienia, ponieważ zamawiający w Załączniku nr 4 do SIWZ - opisie przedmiotu zamówienia w pkt 6 i 7 oraz w pkt 2.3.1 Programu Funkcjonalno - Użytkowego żądał aby wykonawca wraz z ofertą dostarczył karty katalogowe urządzeń, kas automatycznych i terminali wjazdowych i wyjazdowych a odwołujący z ofertą nie dostarczył ww. kart, podczas gdy ww. karty stanowią dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego tj. dokumenty o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z §13 ust 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2016 poz. 1126 z późn. zm.) co do których w przypadku stwierdzenia ich braku zamawiający, zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy pzp, zobowiązany jest do wezwania do ich uzupełnienia czego zamawiający zaniechał odrzucając ofertę odwołującego jako niezgodną z siwz.

6.art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia nie przedstawionych wraz z ofertą kart katalogowych urządzeń, kas automatycznych i terminali wjazdowych i wyjazdowych, których zamawiający żądał w Załączniku nr 4 do SIWZ - opisie przedmiotu zamówienia w pkt 6 i 7 oraz w pkt 2.3.1 Programu Funkcjonalno - Użytkowego podczas gdy ww. karty to dokumenty o których mowa w art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z §13 ust 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2016 poz. 1126 z późn. zm.) a także dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania a zgodnie z objętym zarzutem odwołania art. 26 ust 3 ustawy pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust 1 lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania zamawiający zobowiązany jest wezwać do ich uzupełnienia, czego w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie uczynił.

w konsekwencji naruszenie

7.art. 93 ust 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 91a ustawy pzp przez uznanie, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział, że dokona wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, która zostanie przeprowadzona w przypadku gdy w postępowaniu zostaną złożone co najmniej dwie oferty nie podlegające unieważnieniu. W wyniku błędnego odrzucenia oferty odwołującego i odrzucenia pozostałych ofert w niniejszym postępowaniu, zamawiający nie przeprowadził aukcji elektronicznej i nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób przewidziany w siwz, błędnie przyjmując że ofertą najkorzystniejszą jest nieodrzucona oferta złożona przez Budimex S.A. podczas gdy dopiero po przeprowadzeniu aukcji z udziałem odwołującego, który niezasadnie został odrzucony, zamawiający mógłby dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty i ustalić, czy cena tak wybranej oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia a w konsekwencji dopiero wówczas podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania. Dodatkowo za najkorzystniejszą ofertę zamawiający błędnie uznał ofertę ocenioną jako najkorzystniejszą, mimo że nie są to pojęcia tożsame.

8.art. 7 ust. 1 ustawy pzp zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości przez nie zastosowanie obowiązujących przepisów w ten sam sposób do wszystkich uczestników postępowania a w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego i unieważnienie postępowania mimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych.

II.W związku z powyższymi zarzutami wniesiono o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy pzp, nakazanie powtórnej oceny ofert, unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z postanowieniami siwz i ustawy pzp.

III.Interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP we wniesieniu odwołania. W wyniku błędnej oceny ofert, oferta odwołującego została odrzucona jako niezgodna z SIWZ podczas gdy oferta ta jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący niezasadnie został więc pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie, jak też jego wykonania w przyszłości mimo, że jest wykonawcą posiadającym odpowiedni potencjał do wykonania zamówienia tak od strony podmiotowej jak i przedmiotowej. Cena oferty złożonej przez odwołującego z uwagi na przewidzianą procedurę

aukcji elektronicznej nie jest ofertą ostateczną, dopiero jej ustalenie w wyniku aukcji może stanowić punkt odniesienia, że ze względu na budżet zamawiającego brak jest choćby potencjalnej możliwości realizacji zamówienia rzecz odwołującego. Błędna ocena ofert oraz niezasadne unieważnienie postępowania pozbawia więc odwołującego możliwości ubiegania się o zamówienie, powodują szkodę w postaci ponoszenia kosztów udziału w postępowaniu w którym oferta została prawidłowo przygotowana i brak podstaw do unieważnienia postępowania oraz pozbawia możliwości uzyskania korzyści płynących z możliwości pozyskania tego zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania zamówienia. W orzecznictwie co do zasady należy uznawać za ugruntowany pogląd o szerokim rozumieniu pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia. Przykładem tej linii orzeczniczej jest chociażby stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z 27.05.2010 r., CZP 25/10, LEX nr 602808, w którym wyrażono pogląd, iż: „Wykładni pojęcia interesu prawnego po nowelizacji przepisu art. 179 p.z.p. zmienionego ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy-Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778) należy dokonywać szeroko, tj. obejmując nie tylko sytuacje, gdy interes podmiotu wnoszącego środek ochrony w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku”. Z kolei w wyroku z 11.07.2011 r., KIO 1389/11, LEX nr 602808, Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych wskazała, że: „Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Interes o charakterze uniwersalnym sprowadza się w ogólności do reagowania i zaskarżania środkami ochrony prawnej każdej sytuacji i przez każdego, kto uznaje, że zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów p.z.p.” Źródłem szerokiej interpretacji omawianej materialnoprawnej przesłanki odwołania jest art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, który stanowi, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. W duchu tego poglądu prawnego Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7.07.2016 r., KIO 1102/16, LEX nr 2143909, przyjęła, że: „Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez odwołującego tego konkretnego zamówienia. Interes odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku naruszenia przepisów ustawy”.

KIO 2069/20 MIRBUD S.A. Czynności, zaniechania, zarzuty, żądania, interes prawny

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na następujące czynności zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku postępowania, a polegające na:

- 1.zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty,
- 2.odrzućenie oferty odwołującego, bez uprzedniego wyczerpania obligatoryjnego w świetle ustawy Pzp trybu uzupełnień
- 3.zaniechania wyznaczenia terminu aukcji elektronicznej, po skutecznym uzupełnieniu oferty przez odwołującego
- 4.unieważnieniu postępowania z uwagi na przewyższenie przez cenę najniższej oferty kwoty, którą dysponuje zamawiający, bez uprzedniego wyczerpania obligatoryjnego w świetle specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „S1WZ”) przeprowadzenia aukcji elektronicznej,
- 5.zaniechanie wybrania oferty najkorzystniejszej, po przeprowadzonej aukcji elektronicznej.

Przez opisane wyżej czynności i zaniechania zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:

1.art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do dochowywania należytej

staranności podczas czynności badania i oceny ofert, a co za tym idzie - że jest uprawniony do nie wzywania odwołującego do uzupełnienia kart katalogowych, choć stanowią one dokument uzupełniany, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;

2.art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do dochowywania należytej staranności podczas czynności badania i oceny ofert, a co za tym idzie - że

jest uprawniony do przedwczesnego odrzucenia oferty odwołującego, pomimo że przedmiot oferty odwołującego jest zgodny z SIWZ, a jedynie w ofercie brakuje kart katalogowych, co odwołujący jest w stanie szybko i skutecznie uzupełnić, na stosowne wezwanie zamawiającego;

3.art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art.

91b ust 1 ustawy Pzp, przez błędne przyjęcie że zamawiający nie jest zobowiązany do dochowywania należytej staranności podczas czynności badania i oceny ofert, a co

za tym idzie - że jest uprawniony do przedwczesnego unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że jedyna oferta którą nie odrzucił, przewyższa jego budżet, gdy tymczasem, po skutecznym konwalidowaniu oferty odwołującego, zamawiający zobowiązany byłby do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w czasie której cena ofert drastycznie spada, co z pewnością przełożyłoby się na zaoferowanie przez wykonawców biorących udział w aukcji, ceny ofertowej odpowiadającej budżetowi zamawiającego;

4.art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku, przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do dochowywania należytej staranności podczas czynności badania i oceny ofert, a co za tym idzie - że jest uprawniony do przedwczesnego unieważnienia postępowania, choć po przeprowadzonej aukcji elektronicznej powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z ustanowionymi przez siebie kryteriami oceny ofert.

VIII. W związku z opisanymi naruszeniami, oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,

2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

3.ponowienia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wezwania odwołującego do uzupełnienia kart katalogowych,

4.zaproszenia odwołującego do przystąpienia do aukcji elektronicznej, po skutecznym konwalidowaniu przez odwołującego własnej oferty,

5.dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, po przeprowadzonej aukcji elektronicznej.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia i dlatego złożył ofertę w postępowaniu. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, należycie zbadałby i ocenił ofertę odwołującego. W konsekwencji, zamawiający nie odrzuciłby oferty odwołującego i nie unieważniłby postępowania, gdyż przeprowadzona aukcja elektroniczna doprowadziłaby do zmniejszenia się cen ofertowych, wskazanych w ofertach. Przez wskazane powyżej czynności zamawiający pozbawił odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia i realizacji zamówienia na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach. W rezultacie odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans).

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący podkreśla ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Powyżej przedstawiono czynności, zaniechania czynności oraz na ich podstawie podniesione zarzuty oraz żądania obydwu odwołujących. W związku z ich tożsamością, Izba ocenia je łącznie.

Izba

Rozstrzygając zawisły spór uwzględniła dokumentację postępowania prowadzoną przez zamawiającego, jak również argumentację formalną i prawną odwołujących popierającą wniesione odwołania i przedstawioną powyżej w uzasadnieniu, jak również oświadczenia i wyjaśnienia złożone do protokołu.

Izba również uwzględniła stanowisko zamawiającego przedstawione do protokołu posiedzenia i rozprawy, który wniósł o oddalenie odwołania, a które przywołano powyżej.

Izba zważyła

Odnosząc się jednocześnie do obydwu odwołań z uwagi na to, że przedmiotem ich są te same czynności zamawiającego (odrzućcenie ofert na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 w związku z art.87 ustawy) jak i zaniechania zamawiającego (nie wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy) oraz wywiedzione z tych okoliczności żądania uwzględnienia odwołania i unieważnienia czynności unieważnienia postępowania (na podstawie art.93 ust.1 pkt 4 w zw. z art.91 a i b ustawy) oraz unieważnienia odrzucenia ofert (na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy), Izba stwierdza jak poniżej.

Po pierwsze słuszne są zarzuty odwołujących co do oceny przez zamawiającego braku dokumentów w postaci kart katalogowych, jako dokumentów stanowiących o treści oferty, której co do zasady nie zmienia się po jej złożeniu i otwarciu.

Zamawiający oceniając złożone oferty uznał, że brak kart katalogowych urządzeń, jako załączników do oferty, powoduje nieważność złożonych ofert na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Izba oceniając postępowanie zamawiającego, zaskarżone przez odwołujących, uznaje decyzje zamawiającego za nieuprawnione w przedmiotowej sprawie, przedstawiając stanowisko jak poniżej.

Klasyfikacja dokumentów jakimi są karty katalogowe urządzeń oceniana jest pod kątem czy dokumenty te stanowią treść oferty (ze skutkami art.89 ust.1 pkt 2 ustawy), czy też stanowią potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi, roboty budowlane wymagań zamawiającego (art.25 ust.1 pkt 2 ustawy).

W zależności od klasyfikacji kart katalogowych jako wymaganych w siwz dokumentów, ich nie dołączenie do oferty, jak już wyżej Izba nadmienila, będzie skutkowało odrzuceniem oferty albo wezwaniem do uzupełnienia dokumentów to jest kart katalogowych, w trybie art.26 ust.3 ustawy.

Oferta to oświadczenie woli stanowiące zobowiązanie, które oferent składa w stosunku do zamawiającego, na wypadek wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Co do zasady jest to oświadczenie prawo kształtujące, na którego treść ma wpływ składający oferent, w ramach wymagań zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym kontekście należy odpowiedzieć na pytanie czym jest karta katalogowa, której dołączenie do oferty wymagają postanowienia siwz (pkt 6 i 7 zał. nr 4 do siwz Opis przedmiotu zamówienia oraz pkt 2.3.1. Programu Funkcjonalno-Użytkowego). Trafnie funkcje i znaczenie kart katalogowych opisał w argumentacji prezentowanego powyżej odwołania MIRBUD S.A., który to opis w tym momencie Izba przywołuje, dzieląc wywody tego odwołującego. Reasumując karta katalogowa wystawiana przez producenta (sprzedawcę), ma charakter informacyjno-reklamowy, ułatwiający decyzje potencjalnego nabywcy do nabycia poszukiwanego urządzenia. W tym celu zawiera szereg informacji, a zawężając problematykę do przedmiotu sprawy, o charakterze technicznym, konstrukcyjnym, technologicznym, czy też funkcjonalnym. Nie znaczy to, że zawiera wszystkie elementy, których oczekuje zamawiający, który opisuje wymagania w siwz, czyli nie zawiera pełnej gamy cech oferowanego urządzenia co do jego parametrów technicznych, funkcjonalnych itp. Wynika to przede wszystkim z faktu, że jest to oświadczenie producenta urządzenia do ogółu potencjalnych odbiorców, a nie oświadczenie oferenta składającego zobowiązanie wobec zamawiającego, z uwzględnieniem określonych przez niego wymagań. Dlatego też chociażby z tego powodu nie można karty katalogowej co do zasady oceniać w kontekście jej zgodności z siwz. Niemniej wymóg karty katalogowej jako załącznika do oferty jest zjawiskiem powszechnym w postępowaniach zamówieniowych. O tym jak oceniać składane z ofertą karty katalogowe rozstrzyga przede wszystkim art.25 ust.1 pkt 2 ustawy, który klasyfikuje karty katalogowe jako potwierdzenie, że oferowany produkt/urządzenie spełnia wymagania siwz. Generalizując ocena tego rodzaju dokumentów jako potwierdzających wymagania siwz jest zależna od postanowień siwz, ale zawsze powinna być dokonywana na tle art.25 ust.1 pkt 2 ustawy, który zalicza je do dokumentów podlegających uzupełnieniu, poprawieniu, czy też wyjaśnieniu, na mocy art.26 ust.3 ustawy. Te cechy odbierają kartom katalogowym charakter treści oferty, która co do zasady nie ma prawa być zmieniana, uzupełniana, a wyjątkowo jeżeli jest poprawiana czy też wyjaśniana to w ramach dyspozycji art.87 ustawy. Każdy zamawiający, jeżeli chce nadać karcie katalogowej charakter treści oferty to powinien doprowadzić do przekształcenia jej, co najczęściej czyni, w formularz/wykaz ofertowy. Dopiero taki formularz/wykaz stanowi oświadczenie oferenta, o gwarantowanych cechach technicznych, technologicznych, funkcjonalnych, wyczerpujących wymagania siwz, który dla jego ważności oprócz najczęściej wypełnienia, zawsze wymaga złożenia podpisu oferenta. Często zamawiający dla potwierdzenia realności oświadczenia oferenta, złożonego w formie formularza/wykazu, dodatkowo wymaga załączenia karty katalogowej, co nadal nie oznacza, że karta katalogowa staje się treścią oferty.

Przedmiotowa rozpoznawana sprawa odwołań nie odpowiada powyżej opisanej sytuacji, ponieważ zamawiający wymagał tylko kart katalogowych, bez oświadczenia oferenta w formie formularza/wykazu parametrów technicznych i innych urządzeń. Czyli zamawiający nie oczekiwał w niniejszej sprawie dokumentu (formularza/wykazu) pod którym podpisuje się oferent.

W ocenie Izby nawet, jeżeli na karcie katalogowej podpisze się oferent to nie oznacza, że złożył oświadczenie woli co do treści dokumentu, a co najwyżej oświadczenie wiedzy. W związku z tym oferent nie powinien być pociągany do odpowiedzialności w reżimie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy, jeżeli podpisana przez niego karta katalogowa w związku z jej treścią nie potwierdza zgodności wymagań z siwz.

W rozważanej sytuacji wymogu kart katalogowych przy ofercie, odwołujący w ogóle ich nie załączyli do oferty i z tego powodu zamawiający odrzucił oferty odwołujących. Niemniej

ocena prawna charakteru kart katalogowych ma znaczenie przy ocenie skutków nie załączenia kart katalogowych urządzeń do oferty. Natomiast przedmiotowym zagadnieniem do rozstrzygnięcia przez Izbę jest to czy brak karty katalogowej, pomimo obowiązku jej załączenia wynikającego z postanowień siwz, dyskwalifikuje ofertę jako tę, której treść jest sprzeczna z treścią siwz.

Na uwadze trzeba mieć również, że w siwz zamawiający nie odniósł się do skutków braku kart katalogowych w kontekście czy to sprzeczności z treścią siwz, w rozumieniu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy, czy to w kontekście potwierdzenia spełnienia wymagań siwz, w rozumieniu art.26 ust.3 ustawy.

Podsumowując powyższe wywody Izba stwierdza, że karta katalogowa urządzenia to nie oświadczenie woli oferenta, a jedynie dokument producenta/handlowca reklamującego towar do nabycia przez potencjalnego kupującego/zamawiającego.

Izba podsumowując powyższe rozważania stwierdza, że karty katalogowe nie stanowią o treści oferty i podlegają uzupełnieniu, poprawieniu, czy też wyjaśnieniu w trybie art.26 ust.3 czy też art.26 ust.4 ustawy.

Izba rozstrzygnięcie w spornej kwestii rozważała również, uwzględniając formułę przedmiotu zamówienia oraz jego realizacji. Jak już wyżej Izba cytowała przedmiotem zamówienia jest budowa/przebudowa dróg do lotniska i budowa parkingów wyposażonych w elektroniczne urządzenia (kasy biletowe automatyczne, terminale do wjazdu i wyjazdu na parking lotniskowy oraz inne urządzenia wymienione w opz i PFU). Przy czym przedmiotem zamówienia nie jest tylko budowa/przebudowa dróg i parkingu przy lotnisku ale najpierw wykonanie dokumentacji technicznej - projekt wykonawczy a także dokumentacja powykonawcza wraz z oddaniem obiektu do użytku.

Dla rozstrzygnięcia zawisłego przed Izbą sporu, należy skupić uwagę na pierwszym elemencie to jest wykonania dokumentacji technicznej w postaci projektu wykonawczego. Zamawiający w ramach siwz sporządził program funkcjonalno-użytkowy i projekt budowlany. Tak więc wykonawca przed przystąpieniem do robót budowlanych ma wykonać dokumentację techniczną w postaci projektu wykonawczego, który jest elementem przedmiotu zamówienia. Z natury rzeczy jak i w tym przypadku wynika, że pfu i opz zawierają szereg opisów technicznych co do urządzeń, które praktycznie w tym postępowaniu przekładają się na zobowiązanie oferentów do złożenia kart katalogowych urządzeń już na etapie składania oferty. W związku z tym zamawiający ma prawo sprawdzać na etapie oceny ofert czy w kartach katalogowych znajdują się oczekiwane parametry techniczne z pfu i opisu przedmiotu zamówienia.

Niemniej jest to trudne zadanie dla oferentów, ponieważ jak wyżej Izba odniosła się do zagadnienia kart katalogowych, mają one cechy reklamy skierowanej do szerokiego kręgu odbiorców a nie do zamawiającego i mogą nie zawierać informacji o wszystkich parametrach wymienionych w pfu i opisie przedmiotu zamówienia. W praktyce zamówieniowej dochodzi do rozwiązań polegających na tym, że producenci a najczęściej ich przedstawiciele handlowi potwierdzają parametry nie ujęte w dokumentach reklamowych jakimi są również karty katalogowe. I tutaj powstaje zagadnienie czy takie oświadczenie podmiotu trzeciego staje się treścią oferty, czy to na etapie jej składania czy na etapie oceny ofert w ramach art.87 ustawy, ale nie jest to przedmiotem sporu.

Izba dochodząc do sedna rozważań w tym miejscu, powołując się na powszechnie dostępną wiedzę zawodową wskazuje, że dopiero na etapie projektu wykonawczego projektant dokonuje doboru konkretnych urządzeń wskazując producenta i inne oznaczenia identyfikujące urządzenie przewidziane w projekcie wykonawczym.

Niemniej zamawiający, uznał za sensowne sprawdzenie oferenta już na etapie składania ofert jakie urządzenia zamierza zaprojektować u zamawiającego. W tej sytuacji w ocenie Izby nie wyklucza się, że oferent może na etapie składania ofert na dane urządzenie złożyć nawet kilka kart katalogowych nawet różnych producentów na jedno urządzenie, jeżeli posiadają parametry opisane w opz i pfu. I obowiązek ten po stronie oferenta jest nie do podważenia.

Izba na tle powyższych rozważań stwierdza, że gdyby nie było formuły projektuj i buduj tylko formuła buduj to po stronie zamawiającego leżało by nie tylko pfu, projekt budowlany ale także projekt wykonawczy i dopiero wtedy można byłoby rozważać czy brak bądź doręczenie niewłaściwej do oferty karty katalogowej świadczyć może o sprzeczności treści oferty z treścią siwz. Bowiem jest to sytuacja w której zamawiający precyzyjnie określił przedmiot zamówienia aż do rodzaju urządzeń w zakresie wszystkich wymaganych parametrów technicznych, technologicznych czy funkcjonalnych, które stanowią wymagania zamawiającego, nie podlegające bez jego zgody na etapie realizacji jakimkolwiek zmianom

Natomiast powyższy wywód Izby, pełnomocnicy odwołujących skwitowali krótko i dosadnie w odwołaniach powołując się na opis przedmiotu zamówienia, gdzie znajduje się postanowienie o treści „dobór urządzeń nastąpi na etapie projektowania”. Niemniej dla przekonania zamawiającego co do zasadności rozstrzygnięcia Izby w zakresie obowiązku stosowania w niniejszej sprawie art.26 ust.3, a nie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy, w związku z brakiem kart katalogowych, czy też błędnych co do treści kart katalogowych, Izba posłużyła się niniejszym wywodem.

Na marginesie sprawy należy wskazać, na co powoływali się pełnomocnicy odwołujących na rozprawie, że umieszczenie w opz czy w pfu a nie w siwz w części, w której co do zasady wymienia się dokumenty jakie należy załączyć do oferty, jest utrudnieniem dla przygotowujących oferty.

Natomiast Izba zwraca uwagę, że taka niekonsekwencja struktury dokumentacyjnej przetargu, w przypadku gdyby nie doręczenie wymaganego dokumentu skutkowało odrzuceniem oferty, to zamawiający pozbyłby się np. bardzo korzystnej oferty.

Izba dokonując podsumowania w przedmiocie sporu co do kart katalogowych, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy w sprawie stwierdza, że karty katalogowe to dokumenty podlegające reżimowi art.26 ust.3 ustawy a nie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy, ponieważ są elementem oferty nie posiadającym charakteru oświadczenia woli oraz elementem oferty, który nie ma charakteru wiążącego po złożeniu oferty, w związku z doбором urządzeń na etapie wykonania projektu wykonawczego, który w tym zamówieniu stanowi wyodrębnioną część zamówienia.

Izba przechodząc do drugiego zagadnienia spornego to jest kwestii unieważnienia postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt 4 ustawy wzięła pod uwagę decydujący aspekt w sprawie jakim jest przewidziana w siwz aukcja elektroniczna, która powinna odbyć się z poszanowaniem praw wynikających z art.91 a i b ustawy.

Z przywołanych przepisów wynika, po pierwsze, że zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w warunkach określonych w siwz przeprowadza aukcję elektroniczną oraz jeżeli złożono co najmniej 2 oferty nie podlegające odrzuceniu.

Po drugie zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Z ustaleń Izby, jak i podniesionej okoliczności w odwołaniach, a co przyznał na rozprawie zamawiający wynika, że zamawiający nie przeprowadził aukcji elektronicznej i decyzję o unieważnieniu postępowania podjął, na podstawie cen podanych w ofertach odwołujących, w szczególności w pozostałej jedynej nie odrzuconej ofercie Budimex Sp. z o.o., której cena ofertowa przekracza budżet jaki zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

W ocenie zamawiającego w sytuacji pozostania jednej nie odrzuconej oferty, nie ma on obowiązku przeprowadzenia aukcji elektronicznej i na podstawie przedstawionej w ofercie Budimex ceny ma prawo unieważnić postępowanie. Tak więc decyzję unieważnienia postępowania zamawiający uzasadniał okolicznością, że aukcja elektroniczna nie może być przeprowadzona wobec faktu, że odrzucono, trzy z czterech złożonych ofert i pozostała jedna oferta (Budimex Sp. z o.o.), która uniemożliwia przeprowadzenie aukcji (art. 91a ustawy - jeden z warunków do aukcji - złożono co najmniej 2 niepodlegające odrzuceniu oferty).

W kontekście pozytywnego powyżej rozważenia przez Izbę, zarzutu nie wyczerpania procedury art.26 ust.3 ustawy wobec odwołujących w związku z nie załączeniem kart katalogowych do ofert, podstawa braku dwóch ofert nie odrzuconych do zwolnienia zamawiającego z obowiązku przeprowadzenia aukcji elektronicznej odpada. W tym stanie rzeczy argumentacja zamawiającego, że może posłużyć się do unieważnienia postępowania ceną ofertową, a nie ceną z przeprowadzonej aukcji elektronicznej, odpada.

Tak więc w sytuacji dwóch ofert nie odrzuconych zamawiający ma obowiązek przeprowadzić aukcję elektroniczną i dopiero na podstawie ceny uzyskanej w toku aukcji, jeżeli najkorzystniejsza cena przekracza kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na zamówienie, może zamawiający unieważnić postępowanie, jeżeli nie może zwiększyć kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Izba odnosząc się do argumentacji zamawiającego, reprezentowanej na rozprawie, że nie ma obowiązku wzywania do uzupełnienia brakujących kart katalogowych, ponieważ in fine art.26 ust.3 ustawy przewiduje się między innymi sformułowanie o zwolnieniu z obowiązku wzywania, jeżeli „konieczne byłoby unieważnienie postępowania”.

Izba w tym miejscu odwołuje się do trybu w przedmiotowym postępowaniu z zastosowaniem art.24 aa ustawy to jest najpierw należy dokonać oceny ofert a następnie zbadać czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza spełnia warunki przewidziane w art.25 ust.1 ustawy, a w przypadku odwołujących dołączy brakujące karty katalogowe (art.25 ust.1 pkt 2 ustawy).

Przyjęty tryb obowiązuje zamawiającego do oceny ofert w tym wyborze oferty najkorzystniejszej cenowo w trybie aukcji elektronicznej, przed wezwaniem w trybie art.26 ust.1 ustawy do złożenia aktualnych na dzień ich składania oświadczeń, dokumentów wymienionych w przepisie art.25 ust.1 a w przypadku odwołujących też dokumentów, o których mowa w art.25 ust.1 pkt 2 ustawy to jest kart katalogowych.

Tak więc, jeżeli oferta najkorzystniejsza w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej zmieści się w kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, to zamawiający na podstawie art.24aa i w związku z 26 ust.1 ustawy z poszanowaniem art.25 ust.1 ustawy, wzywa do uzupełnienia w przedmiotowym przypadku kart katalogowych.

Jeżeli żadna z ofert nie podlegających odrzuceniu nie mieści się po aukcji elektronicznej w kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na zamówienie to wówczas dopiero zamawiający może rozważać unieważnienie postępowania, ale uwzględniając całość przesłanek z art.93 ust.1 pkt 4 ustawy.

Izba tylko na marginesie sprawy zaznacza, że w art.26 ust.3 „in fine” ustawy stwierdza się, „konieczne byłoby unieważnienie postępowania” co nie przenosi się wprost na dyspozycję art. 93 ust.1 ustawy „zamawiający unieważnia postępowanie”. W związku z tym, że w toku niniejszego postępowania przed Izbą nie stwierdza się spełnienia przesłanki „unieważnienia postępowania”, rozważania na temat skutków różnicy w przywołanych powyżej zwrotów w art.26 ust.3 i art.93 ust.1 ustawy nie podlegają ocenie Izby. Na marginesie w związku z podniesionym przez zamawiającego na rozprawie argumentem co do skutków zwrotu „in fine” celowym jest rozważenie przez zamawiającego czy zwrot „konieczne byłoby unieważnienie postępowania” obejmuje wszystkie przypadki wymienione w art.93 ust.1 od pkt 1 do pkt 7 ustawy, które mówią „zamawiający unieważnia”.

Izba również nie odnosi się do podnoszonych okoliczności przez odwołującego Strabag sp. z o.o. co do braku kompletu kart katalogowych jak i nie spełnienia parametrów urządzeń opisanych w opz i pfu w ofercie Budimex-u, ponieważ taki zarzut adresowany do Budimex nie został podniesiony w zarzutach.

Izba powyższe uwagi odwołującego jedynie uwzględnia z racji oświadczenia na rozprawie zamawiającego, że dokładnie nie badano oferty Budimex co do okoliczności czy karty katalogowe są złożone kompletnie to jest do wszystkich urządzeń wymienionych w opz jak i czy parametry techniczne urządzeń wymienionych w tych kartach są zgodne z wymaganiami opisanymi w pfu i opz. W związku z takim przyznaniem na rozprawie zamawiającego, Izba stwierdza nierówne traktowanie wykonawców w związku z podniesionymi zarzutami odwołań co do naruszenia art.7 ust.1 ustawy, który przewiduje zasadę równego traktowania wykonawców, bez względu na legalność czynności zamawiającego wobec odwołujących.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdza naruszenie wskazanych w odwołaniach przepisów ustawy, które mają wpływ na

wynik postępowania to jest bezpodstawne odrzucenie ofert odwołujących oraz bezpodstawne unieważnienie postępowania, bez oceny ofert i bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej, co skutkuje uwzględnieniem odwołania na podstawie art.192 ust.2 ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust.2 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczone wpisy przez odwołujących w kwocie 20.000,00 zł. za każde odwołanie w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz każdego z odwołujących kwotę po 23.600 zł 00 gr jako koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocników odwołujących, którzy do akt protokołu złożyli faktury vat, każdy z pełnomocników.

Przewodniczący: