

KIO 956/17
KIO 957/17

Sygn. akt: KIO 956/17
Sygn. akt: KIO 957/17

WYROK

z dnia 30 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2017 r. w Warszawie odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **przez odwołujących:**

1. E. Sp. z o.o. ul. (...) w sprawie o Sygn. akt KIO 956/17
2. E. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: P. P.-H.-U. „W.”
E. W. ul. (...) w sprawie o Sygn. akt KIO 957/17

w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Budownictwa Z. Sp. z o.o. (...).

orzeka

1. uwzględnia obydwa odwołania w zakresie zarzutu unieważnienia postępowania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Nie uwzględnia odwołania w zakresie zarzutu odrzucenia oferty w sprawie o Sygn. akt KIO 956/17.
2. kosztami postępowania obciąża P. G. K. i B. Z. Sp. z o.o. (...) w sprawach obydwu odwołań.
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40.000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących: E. Sp. z o.o. ul. (...) oraz (...) prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: P. P.-H.-U. „W.” E. W. ul. (...) tytułem uiszczonych wpisów od odwołań

1

KIO 956/17
KIO 957/17

- 2.2 zasądza od P. G. K. i B. Z. Sp. z o.o. (...) kwotę 23.972 zł 60 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt dwa złotych i sześćdziesiąt groszy) na rzecz E. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: P. P.-H.-U. „W.” E. W. ul. (...) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kosztu dojazdu na rozprawę (Sygn. akt KIO 957/17) .
- 2.3 zasądza od P. G. K. i B. Z. Sp. z o.o. (...) kwotę 23.998 zł 88 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych i osiemdziesiąt osiem groszy) na rzecz E. Sp. z o.o. ul. (...) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kosztu dojazdu na rozprawę (Sygn. akt KIO 956/17).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz.831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 956/17

Podstawę wniesienia odwołania stanowiła informacja jaką zamawiający przekazał odwołującemu mailem w dniu 2 maja 2017 roku o unieważnieniu postępowania. Termin 10 - dniowy na wniesienie odwołania upływał 12 maja 2017 r. Odwołujący złożył niniejsze odwołanie w terminie czyniąc zadość wymaganiom Ustawy w tym zakresie. Składając odwołanie wskazano na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy czym interes

2

KIO 956/17

KIO 957/17

odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku a czynność zamawiającego unieważnienia postępowania zamknęły odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia. Według odwołującego złożył on ofertę, która zgodnie kryterium oceny ofert winna zająć najwyższą lokatę w rankingu ofert. Gdyby zatem zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego i w następstwie tej czynności nie unieważnił postępowania o udzielenie zamówienia, to oferta odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza i uzyskał by zamówienie.

Co do wykazania szkody to odwołujący został narażony na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem.

Tak odwołujący twierdzi, że jest uprawniony do wniesienia mniejszego odwołania, co czyni zadość wymaganiom określonym w art 179 ust. 1 ustawy.

Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy dokonał następujących czynności:

w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania, zamawiający nie podał nazwy odwołującego oraz podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia jego oferty, bezpodstawnie dokonał czynności unieważnienia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W związku przedstawił zarzuty:

Zarzuca zaniechania i czynności podjęte przez zamawiającego dokonane zostały z naruszeniem przepisów ustawy. W szczególności naruszają dyspozycje art 7 ust 1, 89 ust 1 pkt 2), art. 92 ust 1 pkt 3) i art. 93 ust 1 pkt 7) Ustawy oraz art. 5 kodeksu cywilnego w związku z art 14 Ustawy, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania Wniosek (żądam) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosi o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:

1. dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. dokonania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
3. dokonania czynności ponownego badania oferty odwołującego i wyboru jej jako najkorzystniejszej albo odrzucenia jej i poprawnego zawiadomienia odwołującego o odrzuceniu oferty wraz z podaniem powodów odrzucenia i podstawy prawnej,

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie:

UZASADNIENIE

I.

Odwołujący w dniu 2 maja 2017 r. został zawiadomiony o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty z największą ilością przyznanych punktów. W oparciu o informację zamawiającego z otwarcia ofert, odwołujący poznał oferty wszystkich wykonawców w

3

KIO 956/17

KIO 957/17

zakresie zaoferowanych kryteriów podlegających ocenie. Stąd odwołujący wiedział, że ofertą, której winna być przyznana największa ilość punktów, jest jego oferta.

Czynność odrzucenia oferty odwołującego i czynność unieważnienia postępowania przetargowego są czynnościami bezpodstawnymi, naruszającymi interes odwołującego, stąd wystąpiła konieczność wniesienia niniejszego odwołania do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej.

II.

Po otrzymaniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty z największą ilością przyznanych punktów, odwołujący pismem z dnia 4 maja 2017 r. wezwał zamawiającego do naprawienia błędu, poprzez unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej albo przeprowadzenie poprawnej procedury odrzucenia oferty z zawiadomieniem odwołującego o wadach jego oferty i uzasadnieniem jej odrzucenia.

Na wyżej wskazane pismo zamawiający nie udzielił odpowiedzi.

Zamawiający w piśmie zawiadamiającym (str. 3) o unieważnieniu postępowania przyznał, że gdyby oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, to nie unieważniłby postępowania i wybrałby ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą. Jak wynika z oświadczenia zamawiającego, fakt domniemanego podlegania przez ofertę odwołującego odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ stał się bezpośrednią przyczyną unieważnienia postępowania.

Zamawiający w zawiadomieniu (str. 3) podał jedynie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z powodu jej niezgodności z SIWZ. Takie uzasadnienie odrzucenia oferty jest niezgodne z art. 92 ust. 1 pkt 3) Ustawy. Nie wypełnia istoty tego przepisu, brak wskazania powodów odrzucenia oferty. Zamawiający winien podać konkretną niezgodność treści oferty z treścią SIWZ i podać przepis, na podstawie którego odrzuca ofertę. Zamawiający nie podając powodów odrzucenia oferty naruszył wyżej wskazany przepis Ustawy.

Brak informacji o powodach odrzucenia oferty, uniemożliwia odwołującemu merytoryczną obronę. Zaniechaniem podania powodów odrzucenia oferty, zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący domyśla się, że jego oferta, zdaniem zamawiającego, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, bo właśnie ten przepis reguluje kwestię odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, o którym wspomniał w zawiadomieniu z dnia 2 maja 2017 r. zamawiający. Jednak zastosowanie tego przepisu bez podania konkretnej niezgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz stanowi o naruszeniu przez

4

KIO 956/17

KIO 957/17

zamawiającego także tego przepisu poprzez jego niewłaściwe, bądź bezpodstawne, zastosowanie.

IV.

Zamawiający w trakcie badania ofert dostrzegł, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w kryterium oceny ofert dotyczącym gwarancji, występuje nieścisłość pozwalająca na zastosowanie niejednolitego wzorca liczenia punktów.

Zamawiający dostrzegł także, że oferta odwołującego w kryterium "gwarancja" jest taka, że zastosowanie do niej obojętnie którego wzorca, wskazanego w SIWZ, daje ten sam, najwyższy wynik punktowy, tj. 10 pkt. Wynik punktowy (10 pkt) przyznany wg kryterium "gwarancja" wraz z wynikiem punktowym (90 pkt) przyznany wg kryterium "ceną" dają ofercie odwołującego, najwyższą z możliwych ilość punktów, tj. 100. Tego wyniku nic nie może zmienić.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego sprawił, że błąd w SIWZ, w zakresie obliczania punktów w kryterium "gwarancja", stał się istotny, niepozwalający na wybór najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert. Stąd unieważnienie postępowania.

Odwołujący jest przekonany, że treść jego oferty jest zgodna z treścią SIWZ, i że zamawiający mając zamiar unieważnić postępowanie użył ogólnikowego stwierdzenia o niezgodności oferty odwołującego z siwz, bowiem nie był w stanie wskazać konkretnej niezgodności.

Zamawiający, w tym konkretnym przypadku, kiedy błąd w treści siwz został wykryty po otwarciu ofert i kiedy błąd ten nie miał najmniejszego wpływu na wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, nie miał prawa unieważnić postępowania. Nie każdy błąd w treści SIWZ kwalifikuje postępowanie do unieważnienia.

W postępowaniach o zamówienia publiczne formalizm jest istotny na tyle, na ile ma wpływ na

przeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy. Każdy nadmierny formalizm narusza tę zasadę.

W sprawie oceny powodów unieważnienia postępowania wypowiedziała się wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W wyroku z dnia 3 lipca 2013 r. KIO 1420/13 czytamy: Zasadą jest, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Nie można także zupełnie pominąć okoliczności, że w aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę, zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia przepisów art. 146 ustawy, dla zamawiających znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust 1 ustawy podstawy podlegania umowy unieważnieniu.

5

KIO 956/17

KIO 957/17

Tym bardziej niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie. Stąd stwierdzona przez zamawiających wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik W wyroku z dnia 24 sierpnia 2011 r. KIO 1693/11 czytamy: W świetle literalnego brzmienia przepisów art 146 p.z.p możliwość unieważnienia postępowania przez zamawiającego z powołaniem się na wpływ nieprawidłowości postępowania na ważność umowy, została przez ustawodawcę znacząco ograniczona, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się przez zamawiającego na inne podstawy, niż wskazane w art. 146 ust 1 p.z.p. Tym samym należy uznać, że niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej art 146 ust 6 p.z.p., która pozwalałaby zamawiającemu na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakąkolwiek wadę postępowania, co mogłoby zagrażać przestrzeganiu zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wady postępowania miało miejsce po ujawnieniu listy wykonawców lub po dokonaniu oceny ofert a tak w przedmiotowym postępowaniu).

Każdy przypadek błędu w treści siwz musi być przez zamawiającego rozpatrywany indywidualnie. Zamawiający musi rozpoznać, czy błąd taki ma wpływ na wynik postępowania, szczególnie gdy błąd został zauważony po otwarciu ofert i przeprowadzeniu ich badania. W naszym przypadku błąd w siwz nie miał najmniejszego wpływu na wybór oferty odwołującego. Oferta odwołującego w każdym przypadku liczenia punktów w kryterium "gwarancja" byłaby najkorzystniejsza. Zatem błąd w treści siwz nie miał wpływu na wynik postępowania.

Wykładni pojęcia "wynik postępowania" dokonała Krajowa Izba Odwoławcza w niżej zaprezentowanych wyrokach. W wyroku z dnia 24 listopada 2015 r. KIO 2451/15 czytamy: Zgodnie z zasadami wykładni pojęcie „wynik postępowania” należy rozumieć tak samo jak na gruncie innych przepisów ustawy, szczególnie art. 192 ust 2 P.z.p., a więc przede wszystkim jako wybór najkorzystniejszej oferty i udzielenie zamówienia. Wpływ na wynik postępowania mogą więc mieć jedynie naruszenia przepisów, które sprowadzają się do eliminacji z postępowania wykonawców i ofert, które do zamówienia winny być dopuszczone (a nawet

6

KIO 956/17

KIO 957/17

zamówienie uzyskać), albo dopuszczenia i udzielenia zamówienia wykonawcom i ofertom

nie spełniającym warunków przetargu. Tylko tego typu przypadki naruszeń cechuje obiektywizacja i określoność wpływu na wynik postępowania, oderwane od hipotezowania na temat ewentualnych możliwości wykonawców, podejmowanych przez nich działań i ich motywów. W wyroku z dnia 17 października 2011 r. KIO 2134/11 czytamy: Wynik postępowania należy utożsamiać zasadniczo z momentem zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej lub czynnością unieważniania postępowania. Przy wskazanej przesłance, o której stanowi art. 146 ust 6 ustawy P.z.p. należałoby zatem wykazać, że gdyby nie określone naruszenie przepisów ustawy P.z.p. postępowania zakończyłoby się wyborem innej oferty, bądź koniecznością unieważniania postępowania. Błąd w treści siwz nie miał wpływu na wynik postępowania. Zamawiający winien wybrać ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą i zawrzeć z nim ważną umowę. W przedmiotowym postępowaniu brak jest okoliczności, które pozwoliłyby zamawiającemu na unieważnienie tego postępowania zamawiający unieważniając bezpodstawnie postępowanie naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7) Ustawy.

V.

Odwołujący złożył ofertę o treści zgodnej z treścią siwz, ofertę najkorzystniejszą pod względem ilości punktów, zatem miał prawo oczekiwać, że zostanie ona wybrana i odwołujący uzyska przedmiotowe zamówienie publiczne. Wykonawca nie może ponosić kosztu błędu zamawiającego, szczególnie gdy błąd nie miał wpływu na wynik postępowania, jak w naszym przypadku.

Odrzucenie oferty odwołującego bez podania powodów i bezpodstawnie unieważnienie postępowania jest wykorzystaniem przez zamawiającego swojego uprawnienia w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa i wychodzi poza ramy zasad współżycia społecznego. Pamiętać należy, że art. 5 kodeksu cywilnego obowiązuje także zamawiających. Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego i bezpodstawnie unieważniając postępowanie, w omawianych wyżej okolicznościach, naruszył art 5 k.c. w związku z art 14 Ustawy.

VI.

Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie, bowiem czuje się poszkodowany działaniami zamawiającego bezpodstawnie pozbawiającymi go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Pozostaje w przekonaniu, że dzięki wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej nakazującemu zamawiającemu unieważnienie niezgodnych z Ustawą czynności i dokonanie czynności, do których: był zobowiązany, ochroniona zostanie najkorzystniejsza oferta, jaką

KIO 956/17

KIO 957/17

jest oferta Odwołującego. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku zgodnego z jego oczekiwaniami.

Wpis od odwołania w kwocie 20.000 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Dowód uiszczenia wpisu w załączeniu.

Kopia niniejszego odwołania została przekazana do zamawiającego.

Sygn. Akt KIO 957/17

Odwołanie wniesiono pismem z dnia 10 maja 2017 r. gdzie zamawiającym jest P. G. K. i B. Z. Sp. z o. o.

Odwołującym jest P. P. – H. – U. "W."

E. W. ul. (...) reprezentowany przez

mec. T. S..

Postępowanie dotyczy: „Budowa systemu sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Skawica” realizowany zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC - czerwona książka w ramach Projektu pn. „Uporządkowanie gospodarki wodnokanalizacyjnej na terenie Gminy Zawoja - etap I” nr (...); Numer referencyjny: (...); Numer ogłoszenia w DUUE: (...).

Na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp”, P. P. – H. – U. "W." E. W. (zwany dalej: „Odwołującym” lub „Wykonawcą”) wnosi odwołanie od

niezgodnych z przepisami czynności zamawiającego polegających na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP.

I. Zarzuty:

Niniejszym odwołujący zarzuca naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

a) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na okoliczność, iż postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. z uwagi na nieprawidłowy (uniemożliwiający wybór oferty najkorzystniejszej) opis kryteriów oceny ofert w ramach kryterium „Okres gwarancji” w sytuacji, gdy analiza treści opisu sposobu oceny ofert nie daje wątpliwości co do tego w jaki sposób zamawiający winien oceniać oferty oraz w jaki sposób powinny być przyznawane punkty w ramach ww. kryterium, a w związku z tym nie było podstaw do unieważnienia postępowania

8

KIO 956/17

KIO 957/17

b) art. 91 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie dokonania oceny ofert zgodnie z założeniami przyjętymi w SIWZ w sposób opisany w uzasadnieniu niniejszego odwołania, a w konsekwencji zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

c) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z przeniesieniem na wykonawców konsekwencji związanych z nieprecyzyjnymi zapisami SIWZ oraz brakiem umiejętności dokonania prawidłowej oceny ofert w ramach kryterium „Okres gwarancji”.

II. Wniosek co do rozstrzygnięcia:

Odwołujący wnosi uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 2) Dokonanie ponownego badania oraz oceny ofert, w tym w ramach kryterium oceny ofert w sposób opisany w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
- 3) Dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

2

III. Termin:

Zamawiający przesłał zawiadomienie o unieważnieniu postępowania Odwołującego w dniu 2.05.2017 r. (wydruk maila w załączeniu). Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp 10-dniowy termin na złożenie odwołania upływa w dniu 12.05.2017 r. W związku z tym uznać należy, iż Odwołujący uczynił zadość warunkowi wynikającemu z ww. przepisu.

IV. Interes:

przypadku Niewątpliwie odwołujący

posiada interes we wniesieniu odwołania. W prawidłowego działania zamawiającego oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a odwołujący odniósłby korzyść w wyniku realizacji zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp odwołujący poniesie szkodę, bowiem nie zawrze umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe niezbicie dowodzi naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie pn. „Budowa systemu sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Skawica” realizowany zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC - czerwona książka. Zgodnie z treścią § 15 SIWZ Zamawiający przewidział, iż będzie dokonywał oceny ofert w następujący sposób:

9

„Opis kryteriów; którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert

1. Kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty będą:

a.a) Kryterium: CENA BRUTTO OFERTY (C) będzie obliczone na podstawie wzoru matematycznego: $C = C_n / C_b \cdot 90$ pkt, przy czym 1 pkt = 1% gdzie:

C- liczba punktów w kryterium Cena,

C_n - najniższa oferowana cena brutto,

C_b - cena brutto badanej oferty.

a.b) Kryterium: OKRES GWARANCJI (G) będzie obliczone na podstawie wzoru matematycznego: $G = G_b / G_n \cdot 10$ pkt, gdzie:

3

G - liczba otrzymanych punktów w kryterium Okres gwarancji,

G_b - oferowany Okres gwarancji w pełnych miesiącach,

G_n - najdłuższy Okres gwarancji w pełnych miesiącach.

Okres gwarancji: 60 miesięcy-1 pkt Okres gwarancji: 72 miesiące - 2 pkt Okres gwarancji: 84

miesiące - 3 pkt Okres gwarancji: 96 miesięcy - 5 pkt Okres gwarancji: 108 miesięcy - 8 pkt

Okres gwarancji: 120 miesięcy -10 pkt przy czym 1 pkt = 1%

UWAGA: Zaoferowany okres gwarancji nie może być krótszy niż 60 miesięcy. Oferty mające okres gwarancji równy lub dłuższy niż 120 miesięcy otrzymają maksymalną liczbę punktów (10), zaś oferty mające krótszy okres gwarancji niż 60 miesięcy oraz oferty, w których wykonawca nie określi ilości miesięcy gwarancji zostaną odrzucone.

2. W ramach kryterium 1 (CENA), 2 (OKRES GWARANCJI), liczba punktów zostanie ustalana w oparciu o podane wzory.

3. W każdym z kryteriów ocena będzie dokonana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

4. Punkty przyznane w danym kryterium danej ofercie zostaną do siebie dodane. Wynik będzie liczbą punktów, jaką otrzymała dana oferta.

5. Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta uzyskała największą liczbę punktów”

W postępowaniu oferty złożyło 6 wykonawców oferując wykonanie zamówienia za następujące ceny, oferując następujące terminy gwarancji:

Wykonawca: Cena brutto [PLN]: Okres gwarancji [miesiące]:

Odwołujący 11.632.124,60 72

O. Z. S. W. - 15.293.170,56 84

K. I. J.

P. B.

I. M. Sp. z o.o. 12.273.862,50 120

K. M.J. S. 12.233.377,05 120

P. I.

S. I. Sp. z o.o. 12.730.500,00 84

E. Sp. z o.o. 11.432.850,00 120

W dniu 2 maja 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania z uwagi na przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, tj. z uwagi na to, iż postępowanie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W ocenie zamawiającego sformułowany przez niego opis sposobu oceny ofert dawał możliwość przyznawania punktów w ramach kryterium OKRES GWARANCJI w dwójaki sposób - tj. poprzez podstawianie wartości do wzoru oraz poprzez przyznanie punktów na podstawie wyspecyfikowanego „cennika”.

Odwołujący nie zgadza się z powyższym wskazując, że powyższa interpretacja jest niecelowa, a analiza SIWZ jako całości zdaje się potwierdzać jednoznacznie, iż intencją

zamawiającego było to, aby oceniać oferty poprzez podstawienie do wzoru. Odwołujący wskazuje, iż podstawienie oferowanych cen i okresów gwarancji do wzorów pozwala na określenie sposobu kształtowania się ocen poszczególnych wykonawców. Mianowicie:

Wykonawca: Cena brutto [PLN]: Liczba punktów w ramach kryterium CE Oferowany okres gwarancji [mc]Liczba punktów w ramach kryterium OKRES GWARANCJI Suma
Odwołujący 88,46 72 6 94,46 1632124,6

O. Z. S.

Wodno - Kanalizacyjnych

I. J. 15293170,56 67,28 84 7 74,28

Przedsiębiorstwo Budownictwa

I. M. Sp. z o.o 12273862,5 83,83 120 10 93,83

Konsorcjum M. J. S. 10 94,11 12233377,05 84,11 120

Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych

I.Sp. z o.o. 7 87,83 12730500 80,83 84

E. Sp. z o.o. –

OFERTA PODLEGA ODRZUCENIU 11432850 90 120 10 100

Odwołujący wskazuje, iż jak słusznie wskazał Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania oferta E. Sp. z o.o. podlega odrzuceniu, gdyż:

11

KIO 956/17

KIO 957/17

Nie zawiera Załącznika do oferty - Załącznik nr 1a, który winien stanowić integralną część oferty Nie zawiera kompletnego Wykazu Cen - Załącznik Nr 7 do SIWZ. Wykonawca – E. Sp. z o.o. dołączyła jedynie arkusz zatytułowany „Wykaz cen - Zestawienie Zbiorcze”.

Brak natomiast kompletnego Wykazu Cen, który winien zawierać:

- Preambułę
- Wykaz Cen - Zestawienie Zbiorcze B Wykaz Cen nr 1 - Pozycje Ogólne
- Wykaz Cen nr 2 - Sieć kanalizacyjna
- Wykaz Cen nr 3 - Przyłącza

W związku z tym po odrzuceniu oferty E. Sp. z o.o. to oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, że „na obecnym etapie postępowania nie może dokonywać zmian w Specyfikacji, a w konsekwencji nie może usunąć wadliwych zapisów w SIWZ. W powstałych okolicznościach Zamawiający nie ma możliwości naprawienia zaistniałego błędu i wyeliminowania wady z postępowania.”

Odwołujący nie zgadza się z powyższym wskazując, iż zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania. Odwołujący pragnie wskazać, iż z treści SIWZ - analizowanej w całości, a nie jedynie na podstawie wyselekcjonowanych fragmentów - wynika bezsprzecznie, iż intencją zamawiającego było dokonanie oceny ofert w ramach kryterium OKRES GWARANCJI w poprzez podstawienie oferowanych wartości do wzoru, o czym świadczą następujące okoliczności:

Żaden z wykonawców na etapie prowadzenia postępowania nie miał wątpliwości co do tego, w jaki sposób będą przyznawane punkty w ramach kryterium OKRES GWARANCJI - brak pytań do SIWZ, zaniechanie instytucji zaskarżenia treści SIWZ do Krajowej Izby Odwoławczej. W świetle powyższego jeżeli treść SIWZ nie budziła wątpliwości interpretacyjnych po stronie wykonawców nadanie prawidłowego znaczenia § 15 nie powinno również Zamawiającemu narażać trudności.

Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, iż Zamawiający wskazał, że:

„Kryterium: OKRES GWARANCJI (G) będzie obliczone na podstawie wzoru matematycznego” oraz „W ramach kryterium 1 (CENA), 2 (OKRES GWARANCJI), liczba punktów zostanie ustalona w oparciu o podane wzory.”

Zauważenia wymaga, iż dokonanie oceny ofert przy przyjęciu, że punkty powinny być przyznawane na podstawie wyspecyfikowanego „cennika” nie wymaga podstawiania wartości do wzoru, ale polega na przyporządkowaniu punktów do zaoferowanego okresu gwarancji.

Powyższe jednoznacznie potwierdza zasadność formułowanych przez Odwołującego zarzutów.

12

KIO 956/17
KIO 957/17

Powyższe potwierdza również fragment siwz, gdzie zamawiający określił, iż:

„W każdym z kryteriów ocena będzie dokonana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku

Odwołujący wskazuje, iż w przypadku zastosowania „cennika” mamy do czynienia z punktacją obejmującą liczby całkowite. Jedynie podstawienie zadeklarowanych okresów gwarancji do wzorów spowoduje konieczność zaokrąglania wyników, co wynika chociażby z tabeli punktacji przedstawionej powyżej.

W związku z powyższym nie powinno budzić żadnych wątpliwości, iż postawione przez Odwołującego zarzuty są zasadne, a Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący pragnie wskazać, iż przerzucanie na wykonawców odpowiedzialności za błędy czy też nieumiejętności prawidłowej interpretacji SIWZ przez Zamawiającego jest niedopuszczalne na gruncie Pzp. Wskazać należy, że ani Odwołujący ani żaden inny wykonawca biorący udział w postępowaniu nie miał wątpliwości co do tego, w jaki sposób Zamawiający winien dokonywać oceny ofert w ramach kryterium OKRES GWARANCJI, o czym świadczy wspomniana powyżej okoliczność niezadania przez wykonawców pytań do SIWZ w tym zakresie.

Dlatego też Odwołujący stoi na stanowisku, iż wyspecyfikowana punktacja (sposób II) miała jedynie charakter przykładowy, poglądowy i żaden z wykonawców analizujący SIWZ nie nadawał jej charakteru wiążącego.

W związku z powyższym - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - zapisy SIWZ nie są ze sobą sprzeczne, a w konsekwencji nie mamy do czynienia z wadą postępowania, która powodowałaby, że niemożliwym jest zawarcie skutecznej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie ze stanowiskiem KIO:

„Unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i powinno być stosowane rozważnie. Należy mieć bowiem na uwadze; że celem postępowania jest - zgodnie z art. 2 pkt 7a p.z.p. - wyłonienie wykonawcy; który złożył najkorzystniejszą ofertę i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych spoczywa na zamawiającym. (...) Dla spełnienia przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. unieważnienia postępowania wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę. Przepis ten odwołuje się do takiej sytuacji, w której w toku postępowania o zamówienie publiczne doszło do popełnienia takiego naruszenia, które skutkowałoby

13

KIO 956/17
KIO 957/17

koniecznością unieważnienia przyszłej umowy w sprawie tego zamówienia publicznego." (KIO 2832/14)

„Przepis art. 93 ust 1 pkt 7 p.z.p. expressis verbis odnosi się wyłącznie do wad nieusuwalnych, których występowanie czyni zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego obiektywnie niemożliwym. Trzeba mieć również na uwadze fakt, że okoliczności te muszą występować łącznie, nie jest zatem wystarczające stwierdzenie, że na danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest możliwe ich usunięcie w inny sposób, niż przez jego unieważnienie. Konieczne jest zweryfikowanie ciężaru gatunkowego takich wad, może się bowiem okazać, że mimo ich istnienia nie wpływają ani na prawidłowość prowadzonej procedury, ani na jej wynik. Istotne jest przy tym, że ciężar udowodnienia podstaw unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

spoczywa na zamawiającym(KIO 2754/14; KIO 2755/14; KIO 2756/14; KIO 2757/14; KIO 2758/14)

„Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust 6 p.z.p. może nastąpić jedynie w razie wystąpienia wad postępowania o wysokim ciężarze gatunkowym, tj. takich, które skutkują, że zawarta umowa obarczona będzie nieważnością, albo może zostać unieważniona. Oznacza to, że wady postępowania w szczególności niedoskonałości dokumentu, jakim jest SIWZ muszą mieć charakter takich, których nie da się usunąć z zastosowaniem reguł interpretacyjnych i kolizyjnych, pozwalających na wyeliminowanie ewentualnych niejasności, czy sprzeczności postanowień SIWZ " (KIO 1607/14)

Fakt odmiennej interpretacji postanowień SIWZ i przyjęcie błędnej kalkulacji ceny oferty, nie może być uważane za wadę postępowania. Wobec powyższego brak jest podstaw; aby uznać, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, a tym bardziej wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego." (KIO 962/14)

„Niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust 6 PZP która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie(KIO 1420/13)

Reasumując powyższe, Odwołujący stoi na stanowisku, iż brzmienie SIWZ jednoznacznie wskazuje, że zgodnie z wyartykułowaną intencją Zamawiającego oferty miały być ocenione w ramach kryterium OKRES GWARANCJI w ramach sposobu tj. podstawienia oferowanych okresów gwarancji do wzoru. W związku z tym Zamawiający miał możliwość dokonania

14

KIO 956/17

KIO 957/17

oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a zatem nie zachodziły przesłanki do unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Postępowanie, które prowadzi zamawiający dotyczy „Budowy systemu sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości S." realizowany zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC - czerwona książka w ramach Projektu pn. „Uporządkowanie gospodarki wodnokanalizacyjnej na terenie Gminy Z. - etap I" nr (...); Numer referencyjny: (...); Numer ogłoszenia 08.03.2017 roku w DUUE: (...).

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej do akt sprawy Izba ustaliła i zważyła co następuje.

w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 957/17

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podnosząc zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

a) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na okoliczność, iż postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. z uwagi na nieprawidłowy (uniemożliwiający wybór oferty najkorzystniejszej) opis kryteriów oceny ofert w ramach kryterium „Okres gwarancji" w sytuacji, gdy analiza treści opisu sposobu oceny ofert nie daje wątpliwości co do tego w jaki sposób zamawiający winien oceniać oferty oraz w jaki sposób powinny być przyznawane punkty w ramach ww. kryterium, a w związku z tym nie było podstaw do unieważnienia postępowania

b) art. 91 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie dokonania oceny ofert zgodnie z założeniami

przyjętymi w SIWZ w sposób opisany w uzasadnieniu niniejszego odwołania, a w konsekwencji zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
c) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z przeniesieniem na wykonawców konsekwencji

15

KIO 956/17
KIO 957/17

związanych z nieprecyzyjnymi zapisami SIWZ oraz brakiem umiejętności dokonania prawidłowej oceny ofert w ramach kryterium „Okres gwarancji”.

Izba ustaliła następujące postanowienia SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert:
Zgodnie z treścią § 15 SIWZ Zamawiający przewidział, iż będzie dokonywał oceny ofert w następujący sposób:

„Opis kryteriów; którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert

1. Kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty będą:

a.a) Kryterium: CENA BRUTTO OFERTY (C) będzie obliczone na podstawie wzoru matematycznego: $C = C_n / C_b \cdot 90$ pkt, przy czym 1 pkt = 1% gdzie:

C- liczba punktów w kryterium Cena,

C_n - najniższa oferowana cena brutto,

C_b - cena brutto badanej oferty.

a.b) Kryterium: OKRES GWARANCJI (G) będzie obliczone na podstawie wzoru matematycznego: $G = G_b / G_n \cdot 10$ pkt, gdzie:

G - liczba otrzymanych punktów w kryterium Okres gwarancji,

G_b - oferowany Okres gwarancji w pełnych miesiącach,

G_n - najdłuższy Okres gwarancji w pełnych miesiącach.

Okres gwarancji: 60 miesięcy-1 pkt Okres gwarancji: 72 miesiące - 2 pkt Okres gwarancji: 84 miesiące - 3 pkt Okres gwarancji: 96 miesięcy - 5 pkt Okres gwarancji: 108 miesięcy - 8 pkt Okres gwarancji: 120 miesięcy -10 pkt przy czym 1 pkt = 1%

UWAGA: Zaoferowany okres gwarancji nie może być krótszy niż 60 miesięcy. Oferty mające okres gwarancji równy lub dłuższy niż 120 miesięcy otrzymają maksymalną liczbę punktów (10), zaś oferty mające krótszy okres gwarancji niż 60 miesięcy oraz oferty, w których wykonawca nie określił ilości miesięcy gwarancji zostaną odrzucone.

2. W ramach kryterium 1 (CENA), 2 (OKRES GWARANCJI), liczba punktów zostanie ustalana w oparciu o podane wzory.

3. W każdym z kryteriów ocena będzie dokonana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

4. Punkty przyznane w danym kryterium danej ofercie zostaną do siebie dodane. Wynik będzie liczbą punktów, jaką otrzymała dana oferta.

5. Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta uzyskała największą liczbę punktów”

16

KIO 956/17
KIO 957/17

W związku z takimi zapisami SIWZ za jednoznaczne należy uznać, że zarówno kryterium cena jak i gwarancja będą oceniane według wzorów matematycznych a nie w przypadku gwarancji według liczby punktów za poszczególne okresy udzielonej gwarancji. Przy czym wbrew twierdzeniom zamawiającego w czasie rozprawy Izba nie uznaje za wzór metody oceny przez punkty (określona liczba punktów za określoną ilość miesięcy gwarancji). O ocenie ofert w zakresie spornej gwarancji przez stosowanie wzoru matematycznego świadczy po pierwsze zaznaczenie w punkcie a.b), że kryterium gwarancji ma być wyliczone w oparciu o wzór matematyczny z podaniem definicji tego wzoru „Kryterium: OKRES GWARANCJI (G) będzie obliczone na podstawie wzoru matematycznego: $G = G_b / G_n \cdot 10$

pkt". Po drugie stwierdzenie w punkcie 2), że w ramach kryterium cena i gwarancja liczba punktów zostanie ustalona w oparciu o podane wzory. („gdzie 2.W ramach kryterium 1 (CENA), 2 (OKRES GWARANCJI), liczba punktów zostanie ustalana w oparciu o podane wzory). Po trzecie określenie, że w kryterium cena i gwarancja ocena będzie dokonywana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku a co nie jest możliwe przy stosowaniu metody przyznawania punktów („3.W każdym z kryteriów ocena będzie dokonana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, dla porównania zapis o treści. UWAGA: Zaoferowany okres gwarancji nie może być krótszy niż 60 miesięcy. Oferty mające okres gwarancji równy lub dłuższy niż 120 miesięcy otrzymają maksymalną liczbę punktów (10), zaś oferty mające krótszy okres gwarancji niż 60 miesięcy oraz oferty, w których wykonawca nie określi ilości miesięcy gwarancji zostaną odrzucone). Owszem zawarte postanowienie w części oznaczonej „UWAGA” (co do przyznania 10 punktów za 120 miesięcy gwarancji i więcej miesięcy oraz odrzuceniu ofert w przypadku oferowanej gwarancji krótszej niż 60 miesięcy oraz w przypadku nie zaznaczenia ilości miesięcy gwarancji w ofercie) mogą budzić wątpliwości ale nie przesądzają o prawidłowym rozumieniu postanowień kryterium oceny ofert, którymi są cena i gwarancja ocenianych według podanego w SIWZ wzory matematycznego. Podsumowując należy ocenić paragraf 15 jako ustalający ocenę ofert według kryterium ceny i gwarancji metoda wzorów matematycznych tam zdefiniowanych. Natomiast znajdująca się treść przy przypisie UWAGA oraz liczby punktów za poszczególne okresy gwarancji należy uznać jako nie mające zastosowania przy ocenie ofert według wzorów matematycznych i z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (Paragraf 15 pkt 1lit aa) i lit. ab) oraz pkt 2 i 3.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z powodu braku wykazania podstaw opisanych w art.93 ust.1 pkt 7 PZP do których przywołuje czynność z dnia 2 maja 2017 roku zamawiający.

17

KIO 956/17

KIO 957/17

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.poz. 47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23.972 zł 60 gr jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00zł według załączonej faktury VAT oraz koszty dojazdu na rozprawę na podstawie złożonego rachunku biletu wydruk internetowy na kwotę 372,60 złotych.

w sprawie oznaczonej Syn. akt KIO 956/17

Zgodnie z treścią przedstawionego powyżej odwołania wykonawca odwołał się od odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania argumentując między innymi, że zamawiający nie podał nazwy odwołującego oraz podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia jego oferty, bezpodstawnie dokonał czynności unieważnienia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W związku z tym zarzucił zaniechania i czynności podjęte przez zamawiającego jako dokonane z naruszeniem przepisów ustawy. W szczególności naruszają one dyspozycje art 7 ust 1, 89 ust 1 pkt 2), art. 92 ust 1 pkt 3) i art. 93 ust 1 pkt 7) Ustawy oraz art. 5 kodeksu cywilnego w związku z art 14 Ustawy, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania Wniosek (żądaj) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego zamawiającemu:

1. dokonanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. dokonania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
3. dokonania czynności ponownego badania oferty odwołującego i wyboru jej jako najkorzystniejszej albo odrzucenia jej i poprawnego zawiadomienia odwołującego o odrzuceniu oferty wraz z podaniem powodów odrzucenia i podstawy prawnej,

Izba zważyła

Odwołujący podniósł, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy dokonał nieprawidłowo czynności odrzucenia jego oferty z powodu jej niezgodności z treścią siwz

18

KIO 956/17

KIO 957/17

oraz w następstwie tej czynności zamawiający nieprawidłowo dokonał kolejnej czynności to jest unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy czym odwołujący składając odwołanie jak i przedstawiając argumentację odwołania na rozprawie w szczególności podkreślał, że z uzasadnienia unieważnienia postępowania jakoby wynikało, że unieważnienie postępowania było następstwem odrzucenia oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Powyższe wywodził z treści uzasadnienia zawiadomienia o unieważnieniu postępowania. Przyjmując takie stanowisko wynikające dla odwołującego z ustaleń z treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, odwołujący uznał, że gdyby nie odrzucenie jego oferty to byłaby ona ofertą wybraną a zamawiający nie unieważnił by postępowania. W związku z tym odwołujący uważa za zasadne łączne rozpoznanie jego zarzutów, ponieważ skuteczność jego odwołania opiera się na okoliczności unieważnienia postępowania z powodu konieczności odrzucenia jego oferty. Ponadto odwołujący podnosi brak możliwości odniesienia się do czynności odrzucenia jego oferty a to dlatego, że zamawiający uzasadniając odrzucenie jego oferty nie podał przyczyn ani faktycznych ani prawnych stanowiących o konieczności odrzucenia jego oferty. Natomiast zamawiający posłużył się formułą sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia co w ocenie odwołującego kwalifikuje tę czynność zamawiającego do art.89 ust.1 pkt 2 PZP.

W ocenie Izby na podstawie tak sformułowanego, jak w przedmiotowej sprawie zawiadomienia zamawiającego o unieważnieniu postępowania, pisma z dnia 2 maja 2017 roku nie można wywieść czynności odrzucenia oferty odwołującego. Przy czym nie można wywieść odrzucenia oferty zarówno z tytułu pisma, zgodnie z którym dotyczy ono zawiadomienia o unieważnieniu postępowania ("zawiadomienie o unieważnieniu postępowania") jak i z treści zawiadomienia bez względu na użyty tytuł pisma („zawiadomienie o unieważnieniu postępowania”). Natomiast faktem jest, na co powoływał się odwołujący, że zamawiający w uzasadnieniu tegoż pisma nadmienia, że „W niniejszym postępowaniu oferta z największą liczbą przyznanych punktów (bez względu na wybór danego sposobu obliczenia punktów za zaoferowany okres gwarancji) podlega odrzuceniu (z powodu niezgodności jej treści z SIWZ), zatem nie ma możliwości uznania jej za najkorzystniejszą i dokonania jej wyboru. W powyższej sytuacji zamawiający zobowiązany jest do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ważnych ofert , co jest niemożliwe, z opisanych wyżej względów.”

Na podstawie tak sformułowanego odniesienia się zamawiającego co do oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert można wnioskować, że odwołującemu przy jego wywodach towarzyszyło przekonanie, że powód unieważnienia postępowania mógłby być nieistotny, jeżeli chodzi o jego ofertę (choć zamawiający nie

19

KIO 956/17

KIO 957/17

określił najkorzystniejszej oferty z nazwy oferenta). Bowiem niezależnie, którą przyjąć formułę gwarancji to w każdej z dwóch wersji oferta odwołującego jest zawsze najkorzystniejsza co powoduje, że użyta formuła gwarancji, nie ma znaczenia przy wyborze oferty odwołującego.

Niemniej Izba nie stwierdza w dokonanej czynności zamawiającego o której wykonawcy zostali powiadomieni powyżej wskazanym pismem z dnia 2 maja 2017 r. czynności odrzucenia oferty odwołującego. Powyższe wynika z faktu, że pismo dotyczy unieważnienia postępowania i w jego tytule nie określa się, że dotyczy np. również odrzucenia oferty. Nawet uwzględniając powyżej cytowane fragmenty uzasadnienia unieważnienia postępowania a

odnoszące się do odrzucenia oferty najkorzystniejszej, to nie wskazują one na konkretną czynność zamawiającego i nie odnoszą się do konkretnej oferty (odwołujący wnioskując, że chodzi o jego ofertę, na podstawie informacji jakie powziął na otwarciu ofert). Wskazana w piśmie zamawiającego konieczność odrzucenia najkorzystniejszej oferty koresponduje jedynie z czynnością unieważnienia postępowania. Przy czym unieważnienie jest bezwzględną przesłanką decydującą o postępowaniu i niezależną od okoliczności, że najkorzystniejsza oferta wybrana mogłaby być niezależnie od zastosowanej formuły (wzór czy punkty) kryterium gwarancji. Poza tym odrzucenie oferty, na które wskazuje w uzasadnieniu unieważnienia postępowania zamawiający należy oceniać w sferze przyszłych ewentualnych czynności zamawiającego, które były by wykonane gdyby zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszą oferty. Należy mieć również na uwadze treść art.24 aa PZP zgodnie z którym zamawiający może najpierw dokonać oceny ofert a dopiero następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższa procedura ma zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ zgodnie z sekcją II.2.14 Informacje dodatkowe „Wybór najkorzystniejszej oferty odbędzie się w trybie przewidzianym w art.24 aa. Ustawy PZP ogłoszenia o zamówieniu DZ. Urz. UE z dnia 08.03.2017 poz.2017/S 047-086733.

Reasumując co do zarzutu odrzucenia odwołania Izba nie uwzględnia zarzutu, ponieważ odwołujący nie wykazał czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego. W związku z tym zarzut odrzucenia oferty jest zarzutem przedwczesnym.

W pozostałym zakresie odwołanie zostaje uwzględnione to jest co do zarzutu unieważnienia postępowania.

Izba w tym miejscu przywołuje powyżej przedstawioną argumentację zawartą w uzasadnieniu do sprawy oznaczonej Sygn. akt KIO 957/17.

20

KIO 956/17

KIO 957/17

Reasumując Izba uznała za wykazane naruszenie art. 7 ust 1 i art. 93 ust 1 pkt 7) PZP oraz art. 5 kodeksu cywilnego w związku z art 14 PZP, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.poz. 47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23.998 zł 88 gr jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00zł według załączonej faktury VAT oraz koszty dojazdu na rozprawę na podstawie złożonego rachunku biletu wydruk internetowy na kwotę 398,88 złotych.

Przewodniczący:

.....

21