

WYROK
z dnia 6 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe B. R. oraz R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: R. Z. F.H.U.B. „Z.” w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Gorlice

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołujących, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Gorlice, w imieniu którego działa Ośrodek Sportu i Rekreacji w Gorlicach, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na remont, przebudowę i rozbudowę krytej pływalni „Fala” w Gorlicach - Etap II w systemie zaprojektuj i wybuduj. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 lipca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 560497-N-2020.

I. W dniu 31 sierpnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe B. R. oraz R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: R. Z. F.H.U.B. „Z.” wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechania podjęcia czynności przez zamawiającego w ww. postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie będące rezultatem niemającego poparcia w stanie faktycznym przyjęcia, że oferta odwołujących jest niezgodna z ustawą;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie będące rezultatem niemającego poparcia w stanie faktycznym przyjęcia, że treść oferty odwołujących nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie będące rezultatem niemającego poparcia w stanie faktycznym przyjęcia, że oferta odwołujących jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w zakresie podania należytego uzasadnienia faktycznego

i prawnego odrzucenia oferty odwołujących;

- 5) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w zakresie wezwania do uzupełnienia „Zakresu robót współfinansowanych przez Ministerstwo Sportu - zał. nr 1” oraz „Zakresu robót dotyczących termomodernizacji obiektu, w tym współfinansowanych ze środków WFOŚiGW w Krakowie - zał. nr 2” - jeżeli zamawiający uznaje ww. materiały jako „inne dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania”;
- 6) art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp poprzez nieprawidłową wykładnię i w konsekwencji przyjęcie, że oferta oceniona przez zamawiającego jako najkorzystniejsza w rankingu ofert jest w rzeczywistości ofertą najkorzystniejszą, bez poddania jej wcześniejszemu badaniu pod kątem przesłanek odrzucenia oraz weryfikacji podmiotowej wykonawcy AS Produkt S. P., co skutkowało przyjęciem, iż cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i bezprawnym unieważnieniem postępowania;
- 7) art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w zakresie braku poinformowania odwołujących o wyborze oferty najkorzystniejszej, o której zamawiający nadmieniał w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 26 sierpnia 2020 r. znak: OSIR.3411.1.2020;
- 8) art. 92 ust. 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w zakresie braku udostępnienia informacji, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp na stronie internetowej;
- 9) art. 91 w związku z art. 24aa ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołujących jako najkorzystniejszej na skutek jej nieuprawnionego odrzucenia oraz zaniechania zbadania, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu;
- 10) w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1) - 9) powyżej, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniesli o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu ich oferty;
- 2) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na nieuprawnionym i pozbawionym podstawy prawnej unieważnieniu postępowania;
- 3) dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, z udziałem oferty odwołujących;
- 4) ewentualne nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wezwania do uzupełnienia „Zakresu robót współfinansowanych przez Ministerstwo Sportu - zał. nr 1” oraz „Zakresu robót dotyczących termomodernizacji obiektu, w tym współfinansowanych ze środków WFOŚiGW w Krakowie - zał. nr 2” - jeżeli zamawiający uznaje ww. materiały jako „inne dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania”.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 5 października 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła:

W pkt 12 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) zamawiający zawarł postanowienie, zatytułowane „Podpisy”, o następującej treści: „Osoba/osoby upoważnione do reprezentacji wykonawcy (firmy), w obrocie prawnym muszą podpisać: - druk „Oferta” - załączniki - w miejscach w których wykonawca naniósł zmiany (poprawki) Wszystkie wyżej wymienione dokumenty winny być ponadto opatrzone pieczęcią wykonawcy”.

W pkt 8.4 SIWZ zamawiający przewidział formę pisemną oferty, a w pkt 8.1 SIWZ wskazał, że na ofertę składa się wypełniony formularz „Oferta” wraz z załącznikami.

Składając ofertę w postępowaniu, odwołujący nie podpisali ani nie opatrzyli pieczęcią załączników do Formularza oferty - Oferta, tj. Załącznika nr 1 do Formularza oferty Zbiorcze zestawienie kosztów zadania dofinansowanych przez MSiToraz

Załącznika nr 2 do formularza oferty Zbiornicze zestawienie kosztów robót dotyczących termomodernizacji obiektu, w tym współfinansowanych ze środków WFOŚiGW w Krakowie.

Pismami z dnia 26 sierpnia 2020 r. zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołujących oraz o unieważnieniu postępowania.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołujących jako podstawę prawną odrzucenia zamawiający wskazał przepis art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2 i pkt 8 ustawy Pzp. W ramach uzasadnienia faktycznego zamawiający wskazał na niepodpisanie przez odwołujących załączników nr 1 i 2 do oferty. W ramach uzasadnienia prawnego zamawiający powołał się na zapisy SIWZ (pkt 12), przepisy ustawy Pzp (art. 83 ust. 3, art. 9 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2 i pkt 8), przepis ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 18a pkt 4) oraz przepis Kodeksu cywilnego (art. 78 § 1).

W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania zamawiający wskazał jako podstawę prawną unieważnienia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W ramach uzasadnienia faktycznego zamawiający wskazał, że cena najkorzystniejszej oferty - 9.509.844,88 zł - przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. W ramach uzasadnienia prawnego zamawiający powołał się na treść normy zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 18a pkt 4 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020, ze zm.) w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez innych zamawiających niż centralny zamawiający, których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r.: oferty i wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ustawy Pzp, składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej, albo - za zgodą zamawiającego - w postaci elektronicznej, opatrzone odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z przepisem art. 78 § 1 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Mając na uwadze ww. regulacje jak i przywołane uprzednio postanowienia SIWZ, w tym w szczególności postanowienie zawarte w pkt 12, należy stwierdzić, iż zachowanie wymaganej dla oferty formy pisemnej wymagało opatrzenia własnoręcznym podpisem Formularza ofertowego - Oferta oraz załączników do tego formularza. Należy podkreślić, iż ustawa Pzp nie zawiera regulacji, zgodnie z którymi dla zachowania wymaganej formy oferty wystarczające jest podpisanie wyłącznie formularza ofertowego. Z zachowaniem powszechnie obowiązujących przepisów prawa zamawiający mają prawo określić w SIWZ, które oświadczenia składają się na ofertę sensu stricto w danym postępowaniu, tj. wobec których istnieje obowiązek zachowania wymaganej formy oferty. Postanowienie zawarte w pkt 12 SIWZ było jasne i nie powinno budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych. W konsekwencji powyższego zaniechanie zachowania wobec załączników do formularza oferty wymaganej formy pisemnej oznaczało niezachowanie wymaganej formy w odniesieniu do całej oferty sensu stricto. Niezachowanie formy oferty, wymaganej pod rygorem nieważności, skutkuje jej nieważnością, co stanowi podstawę odrzucenia oferty wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Składając ofertę w postępowaniu, odwołujący nie podpisali załączników do *Formularza oferty - Oferta*, tj. *Załącznika nr 1 do Formularza oferty Zbiornicze zestawienie kosztów zadania dofinansowanych przez MSiT oraz Załącznika nr 2 do formularza oferty Zbiornicze zestawienie kosztów robót dotyczących termomodernizacji obiektu, w tym współfinansowanych ze środków WFOŚiGW w Krakowie*. Decyzję o odrzuceniu oferty odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp należy zatem uznać za prawidłową. W przypadku stwierdzenia nieważności oferty nie dokonuje się jej oceny pod kątem występowania pozostałych przesłanek odrzucenia oferty. Nie prowadzi jednak do wadliwości tej czynności uznanie, że w ramach podstawy odrzucenia oferty zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zawierają się również dwie kolejne wskazane przez zamawiającego, tj. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pp - wobec niezgodności z wymaganiami dotyczącymi formy oferty, przewidzianymi odpowiednio w przepisach ustawy Pzp oraz postanowieniach SIWZ. Mając na uwadze powyższe Izba za niezasadne uznała zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1,

pkt 2 oraz pkt 8 ustawy Pzp.

W konsekwencji uznania za niepotwierdzone ww. zarzutów za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 91 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp nie podlegał rozpoznaniu, z uwagi na to, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia, których wartość nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, nie przysługuje odwołanie na czynność unieważnienia postępowania (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp a contrario).

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadny. W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołujących jako podstawę prawną odrzucenia zamawiający wskazał przepis art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2 i pkt 8 ustawy Pzp. W ramach uzasadnienia faktycznego zamawiający wskazał na niepodpisanie przez odwołujących załączników nr 1 i 2 do oferty. W ramach uzasadnienia prawnego zamawiający powołał się na zapisy SIWZ (pkt 12), przepisy ustawy Pzp (art. 83 ust. 3, art. 9 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2 i pkt 8), przepis ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 18a pkt 4) oraz przepis Kodeksu cywilnego (art. 78 § 1). W ocenie Izby zamawiający podał w ww. uzasadnieniu wszystkie niezbędne informacje dotyczące powodów uznania, iż wobec odwołujących zaistniała podstawa do odrzucenia oferty. Treść ww. uzasadnienia pozwalała odwołującym zorientować się jakie były przyczyny podjęcia przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu ich oferty, jak i skorzystać z przysługujących w tym zakresie środków ochrony prawnej.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadny. Zgodnie z tym przepisem 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. Ww. instytucja zawarta w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania wobec oświadczeń składających na treść oferty sensu stricto, a takimi były niepodpisane przez odwołujących załączniki do formularza oferty. W odniesieniu do tej kategorii zastosowanie może znaleźć jedynie instytucja zawarta w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże przepis ten stanowi podstawę do ewentualnego wyjaśnienia treści oferty, a nie uzupełnienia brakującego podpisu.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 92 ust. 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uznała za całkowicie niezrozumiałą. Z treści dokumentacji postępowania, w tym w szczególności ww. zawiadomienia o unieważnieniu postępowania wynika w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, iż zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz unieważnił prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba za niepotwierdzony uznała również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od odwołujących kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg taryfowej wysokości, gdyż w postępowaniu odwoławczym przed Izbą uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego Izba zasądza wyłącznie na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (§ 3 pkt 2 ww. rozporządzenia). Zamawiający nie złożył rachunku na potwierdzenie poniesionych kosztów postępowania.

Przewodniczący: