

WYROK

z dnia 11 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie **10 stycznia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **27 grudnia 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Usługi Ogólnobudowlane R.D., Rataje, R.W. Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „WRI-COMPLEX”, Chodzież**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Chodzieży* (nr postępowania UE.042.1.2.2016)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miejska w Chodzieży**

przy udziale wykonawcy: **Thermbau Polska sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Pile** –

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Usługi Ogólnobudowlane R.D. w Ratajach, R.W. Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „WRI-COMPLEX” w Chodzieży i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

Sygn. akt KIO 2452/16

publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 2452/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska w Chodzieży – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Chodzieży* (nr postępowania UE.042.1.2.2016).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 23 listopada 2016 r. pod nr 349889-2016, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {www.chodziez.pl}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

22 grudnia 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Usługom Ogólnobudowlanym R.D. w Ratajach, Przedsiębiorstwu Inżynieryjnemu „WRI-

COMPLEX" R.W. w Chodzieży wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum”} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej we wszystkich trzech częściach zamówienia oferty złożonej przez Thermbau Polska sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Pile {dalej również: „Thermbau”}.

27 grudnia 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych) {lista zarzutów}:

1. Art. 91 ust. 1 – przez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. art. 7 ust. 1 – prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wbrew zasadom proporcjonalności i przejrzystości.
3. Art. 8 ust. 1 – przez naruszenia zasady jawności.
4. Art. 14 ust. 1 w zw. z art. 111 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.) {dalej: „kc”} – przez błędne zastosowanie do obliczania terminów wykonania zamówienia tej regulacji, pomimo że jej odpowiednie stosowanie

3

Sygn. akt KIO 2452/16

może dotyczyć terminów proceduralnych nie zaś terminów prawa materialnego, a ponadto sam Zamawiający jasno i wyczerpująco określił sposób ich obliczania.

5. Art. 87 ust. 2 pkt 2 – przez bezzasadne jego zastosowanie w piśmie z 21 grudnia 2016 r. polegające na niedopuszczalnym sprostowaniu w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem ich oceny w kryterium terminu wykonania zamówienia w ramach dni od 311. do 342.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że 23 grudnia 2016 r. reprezentanci Konsorcjum udali się do Urzędu Miejskiego w Chodzieży celem zapoznania się z treścią złożonych ofert, w szczególności, z wybraną ofertą Thermbau. Pomimo kilku osobistych monitów nie udostępniono im żadnej dokumentacji, argumentując, że osoba zajmująca się tym postępowaniem jest na urlopie i nikt inny nie ma dostępu do tej dokumentacji. Odwołujący nadmienił, że 23 grudnia 2016 r. był pierwszym z pięciu dni, w których mógł złożyć odwołanie. Kolejne trzy dni – 24, 25 i 26 grudnia to dni świąteczne, w których urząd jest nieczynny. W tej sytuacji, aby złożyć skuteczne odwołanie 27 grudnia 2016 r. pozostał nie jeden dzień, ale właściwie 8 godzin.

Odwołujący zarzucił, że takie działanie Zamawiającego narusza zasadę jawności i bezstronności postępowania, tym bardziej że ogłoszenie o wyborze oferty opublikowano 22 grudnia 2016 r. po godz. 16, a więc również po godzinach urzędowania. Zasada ta ma charakter obowiązujący bezwzględnie, a wyjątki od niej przewidziane w ustawie mają charakter epizodyczny. Zamawiający musi zapewnić wykonawcom wgląd do dokumentacji przetargu, a choroba pracownika nie może być usprawiedliwieniem odmowy. Jawność postępowania ma zagwarantować każdemu uczestnikowi przetargu prawo do zapoznawania się z ofertą konkurencyjną oraz poznania motywów, którymi kierował się udzielający zamówienia. W tej sprawie Odwołujący takiej wiedzy nie ma i musi polegać na zdawkowych komunikatach zamieszczanych elektronicznie, że złożono ofertę atrakcyjniejszą.

4

Sygn. akt KIO 2452/16

Odwołujący zwrócił uwagę, że tego rodzaju praktyki w tym postępowaniu miały miejsce wcześniej. Chociażby 8 grudnia 2016 r. o godzinie 21:40 (sic!) zamawiający zmodyfikował treść ogłoszenia i przesunął termin składania ofert z godziny 7:45 na 12:45, o czym Odwołujący dowiedział się rano składając jako jedyną ofertę.

{ad pkt 1, 2, 4 i 5 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z rozdziałem XIV SIWZ zawierającym „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, za najkorzystniejszą miała zostać uznana oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oferty (waga 60%), okresu gwarancji w miesiącach (waga 30%) i terminu wykonania (waga 10%). Przy czym termin wykonania zamówienia miał być oceniany według wzoru: najkrótszy terminu wykonania (ilość dni) / termin wykonania oferty badanej (ilość dni) x 10% x 100. Ponadto wskazano: *Wykonawca wyliczy ilość dni, licząc od dnia w którym nastąpi otwarcie ofert do dnia oferowanego wykonania zamówienia tj. do dnia odbioru robót. Maksymalny termin: do dnia 15 listopada 2017 r., najkrótszy zaś termin jaki zaoferować może wykonawca to 15 październik 2017 r.* Powyższy sposób liczenia terminu potwierdzony został również w formularzu nr 2 stanowiącym załącznik do SIWZ: *Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia w okresie od dnia ... 201... r. do dnia ... 2017 r. – tj. ... dni (licząc od dnia w którym nastąpi otwarcie ofert do dnia wykonania zamówienia).*

Odwołujący wywiódł z powyższego, że punktacji podlegał okres wyliczony w dniach od dnia otwarcia ofert do 15 października 2017 r., co daje 311 dni, do 15 listopada 2017 r., a więc 342 dni – wykonawcy mogli zaoferować terminy wyrażone w liczbach pomiędzy 311. a 342. dniem.

Następnie Odwołujący zrelacjonował, że zarówno Thermbau, jak i sklasyfikowani przez Zamawiającego na drugim miejscu wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy S.L. i Firma Instalacyjno-Budowlana W., zaoferowali termin realizacji zamówienia wynoszący 310 dni.

Odwołujący zarzucił, że skoro Zamawiający nie zawarł w SIWZ zastrzeżenia, że zaoferowanie terminu realizacji krótszego niż minimalny uzyska maksymalną liczbę punktów w tym kryterium, obie powyższe oferty nie powinny być oceniane w tym kryterium (inaczej powinny uzyskać po 10 pkt).

Odwołujący zrelacjonował również, że Zamawiający zwrócił się do wszystkich trzech

5

Sygn. akt KIO 2452/16

wykonawców o wyjaśnienia co do sposobu wyliczenia podanej liczby dni dla terminu wykonania zamówienia.

Thermbau potwierdził w wyjaśnieniach, że wyliczył 310-dniowy termin licząc od 10 grudnia 2016 r.

W piśmie z 19 grudnia 2016 r. Odwołujący wyjaśnił, że podany termin 311 dni liczony jest w okresie od 9.12.2016 r. do 15.10.2017 r. jako termin, którego początkiem była pierwsza z tych dat, a zatem zgodnie z wymaganiami SIWZ

W pkt 2. pisma z 21 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o poprawieniu w jego ofercie oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp w ten sposób, że termin 311 dni poprawiono na 310 dni. Zamawiający powołał się na uregulowanie wynikające z art. 111 § 2 kc.

Odwołujący zarzucił, że w odniesieniu do podanych w ofertach terminów wykonania umowy art. 87 ust. 2 pzp nie znajduje zastosowania, gdyż w żadnym z tych przypadków nie mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską lub rachunkową, czy też inną omyłką w rozumieniu ustawy pzp.

Oczywista omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp, wynika z nieprawidłowo przeprowadzonych działań arytmetycznych, uzyskania nieprawidłowego wyniku z błędnie wykonanego dodawania, mnożenia lub dzielenia. Omyłki rachunkowe to błędy we wszystkich działaniach arytmetycznych, które naruszają stosowanie reguł matematycznych.

Problem, jaki wskazał w swoim piśmie Zamawiający, nie polega na błędnym

zsumowaniu liczb, tylko na spornej dacie rozpoczęcia sumowania tych liczb. Okres od 9.12.2016 r. do 15.10.2016 r. to 311 dni, a okres od 10.12.2016 r. do 15.10.2017 r. to 310 dni – w żadnym z tych przypadków nie ma żadnego błędu matematycznego lub oczywistej omyłki rachunkowej.

Odwołujący podniósł, że w przypadku Thermbau nie można mówić o oczywistej omyłce czy jakiegokolwiek omyłce, gdyż jest to w pełni świadome działanie Oferenta, które nie pozostawia żadnych wątpliwości.

Z kolei Zamawiający nie może zmienić stanowiska Odwołującego i oświadczyć, że rozpoczyna liczenie od innego dnia niż wskazany w ofercie i potwierdzony przez Konsorcjum w wyjaśnieniach.

Odwołujący stwierdził, że wskazywany przez Zamawiającego art. 111 § 2 kc nie znajduje w tym przypadku zastosowania, gdyż jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z 23 sierpnia 2000 r. (sygn. akt II UKN 669/99): *Zgodnie z art. 111 § 1 KC termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Do takiej sytuacji ma zastosowanie art. 111*

6

Sygn. akt KIO 2452/16

§ 2 KC. Gdyby więc strony tak określiły czas trwania umowy, to nie liczyłoby się pierwszego dnia (dnia, w którym zawarto umowę). Jednakże czas trwania umowy nie został określony przez wskazanie okresu (ilości dni), lecz przez wskazanie terminu zakończenia trwania umowy (daty kalendarzowej). Do takiej sytuacji w ogóle nie ma zastosowania art. 111 KC. Przy takim oznaczeniu czasu trwania umowy należy bowiem stosować art. 116 § 2 KC. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli skutki czynności prawnej mają ustać w oznaczonym terminie, stosuje się odpowiednio przepisy o warunku rozwiązującym, czyli art. 89 i następne KC. Z tych przepisów nie wynika natomiast aby pierwszy dzień, czyli dzień zawarcia umowy nie był wliczany do czasu jej trwania.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zauważył, że sam Zamawiający w SIWZ (formularzu ofertowym) nakazał dokonywać stosownego obliczenia uwzględniając również pierwszy dzień.

Ponadto według Odwołującego ponieważ Zamawiający na chwilę składania ofert nie wie, kto będzie wykonawcą, nie mogło być w tym przypadku mowy w rozumieniu kc o oznaczeniu terminu przez określone zdarzenie, czyli o terminie w rozumieniu kc, a o warunku, czyli zdarzeniu przyszłym i niepewnym.

Pismem z 30 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 28 grudnia 2016 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

30 grudnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Thermbau przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, wskazując argumentację na której opiera takie stanowisko.

10 stycznia 2016 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie i wskazując argumentację, która przywiodła go do zajęcia takiego stanowiska.

7

Sygn. akt KIO 2452/16

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę, która mogłaby być uznana za najkorzystniejszą gdyby Zamawiający nie przyznał pozostałym dwóm ofertom 10 pkt w kryterium terminu wykonania, co jest przedmiotem zarzutu odwołania. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniem przepisów ustawy pzp dotyczącym błędnej oceny ofert, gdyż uniemożliwia to mu Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zaznacza, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp

8

Sygn. akt KIO 2452/16

sprawa została rozpoznana w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów. Zgodnie z tym przepisem Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}.

Jednocześnie możliwość wniesienia odwołania jest ograniczona terminem zawitym. W tej sprawie zastosowanie znajduje art. 182 ust. 1 pkt 2 pzp, zgodnie z którym odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

W tej sprawie termin na wniesienie odwołania od czynności związanych z rozstrzygnięciem postępowania upłynął 27 grudnia 2016 r., skoro 22 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego drogą elektroniczną o wyniku postępowania.

W rezultacie z mocy powyżej przywołanych przepisów rozpoznaniu mogły podlegać wyłącznie zarzuty, które znalazły się w powyżej przywołanym odwołaniu, które zostało wniesione 27 grudnia 2016 r., czyli ostatniego dnia zawitego terminu na wniesienie odwołania.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1, 2, 4 i 5 listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zamawiający w rozdziale XIV pkt 4 lit. c *in fine* s.i.w.z. podał, że oferowany przez wykonawcę termin wykonania zamówienia ustali w oparciu o dane podane przez niego w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do s.i.w.z. Przy czym Zamawiający jednocześnie określił, że najdłuższy termin, jaki można zaoferować to 15 listopada 2017 r. (według rozdziału IV pkt 1 zamówienie ma być realizowane od podpisania umowy do

maksymalnie 15 listopada 2017 r.), a najkrótszy – 15 października 2017 r. Jednocześnie § 2 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 6 do s.i.w.z.) zawiera miejsce na wpisanie tej daty jako terminu, w jakim wykonawca zobowiązał się do zakończenia realizacji przedmiotu umowy, Stąd w druku formularza ofertowego należało wpisać do jakiej daty oferowane jest

9

Sygn. akt KIO 2452/16

wykonanie przedmiotu zamówienia.

Oprócz tego w formularzu należało wpisać datę, od której oferowane jest wykonanie zamówienia. Wynikało to z faktu, że przyznanie punktacji oferty w kryterium terminu wykonania zamówienia według przyjętego wzoru, czyli dla ustalenia ułamka (liczebnik – najkrótszy termin wykonania; mianownik – termin wykonania z oferty badanej), wymagało wyliczenia liczby dni. Przy czym Zamawiający w XIV pkt 4 lit. c s.i.w.z. obarczył wykonawców zadaniem wyliczenia liczby dni wynikającej z podanego okresu realizacji zamówienia, wskazując, że należy liczyć od dnia, w którym nastąpi otwarcie ofert, *do dnia oferowanego wykonania zamówienia, tj. do dnia odbioru robót* (według uwagi w formularzu ofertowym: *do dnia wykonania zamówienia*).

Reasumując, z przywołanych postanowień specyfikacji wynika, że:

- przez oferowany termin wykonania zamówienia należy rozumieć podaną przez wykonawcę datę końcową, która musiała się zawierać w podanym przedziale dat, czyli maksymalnie można było zaoferować skrócenie terminu realizacji o miesiąc w stosunku do określonej przez Zamawiającego daty końcowej;
- podanie daty początkowej służyło wyłącznie dla wyliczenia liczby dni, gdyż oczywiste jest, że nie sposób, aby rozpoczęcie realizacji zamówienia zbiegło się z upływem terminu składania ofert;
- wyliczenie liczby dni służyło wyłącznie dokonaniu oceny oferty w kryterium terminu wykonania zamówienia.

Ze złożonych ofert wynika, że wszyscy trzej wykonawcy zaoferowali, że wykonają przedmiot zamówienia do 15 października 2017 r., czyli wszyscy zaoferowali maksymalnie dopuszczalne skrócenie terminu podanego przez Zamawiającego.

Ponadto wszyscy trzej wykonawcy wpisali również 9 grudnia 2016 r. datę otwarcia ofert (w tym samym dniu upływał też termin składania ofert) jako początek tzw. okresu wykonania zamówienia.

Jedyna różnica pomiędzy ofertami sprowadza się do różnego wyniku obliczenia otrzymanego z tych samych danych, gdyż Odwołującemu wyszło 311 dni, a Przystępującemu i trzeciemu wykonawcy – 310 dni.

Wyjaśnienia, które Zamawiający uzyskał na swoje wezwanie pozwoliły mu stwierdzić, że przyczyną powyższej rozbieżności było uwzględnienie (Odwołujący) lub nieuwzględnienie (Przystępujący i trzeci wykonawca) 9 grudnia 2016 r. jako pierwszego dnia wyliczonego okresu.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, co następuje:

10

Sygn. akt KIO 2452/16

Spośród rozważanych zarzutów potwierdziły się wyłącznie zarzuty, które pozostają bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Według art. 14 pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej. Ponieważ ustawa pzp nie zawiera regulacji dotyczącej sposobu liczenia terminów, co do zasady wszędzie tam, gdzie w ustawie pzp oznaczono termin przez wskazanie liczby dni np. na dokonanie czynności, aby w konkretnym przypadku ustalić, kiedy, czyli w jakiej dacie będzie on upływał, zastosowanie znajdzie art. 111 kc. W § 1 stanowi on, że termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia., a w § 2, że jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu

terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Powyższa regulacja może też znaleźć zastosowanie do ustalenia np. daty końcowej obowiązywania umowy, jeżeli okres jej obowiązywania określono w dniach. Według art. 139 ust. 1 pzp również do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej. Natomiast w sytuacji odwrotnej – oznaczenia czasu trwania umowy przez wskazanie terminu końcowego jej obowiązywania (czyli daty kalendarzowej) – dla wyliczenia liczby dni przypadającej do tej daty od daty zawarcia umowy zastosowanie znajdzie art. 116 § 2 kc. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli skutki czynności prawnej mają ustać w oznaczonym terminie, stosuje się odpowiednio przepisy o warunku rozwiązującym, czyli art. 89 i następne kc. Z tych przepisów nie wynika natomiast, aby pierwszy dzień, czyli dzień zawarcia umowy nie był wliczany do czasu jej trwania. Reasumując, regulacja art. 111 kc służy ustaleniu daty jaka wynika z terminu (okresu) określonego liczbą dni, a nie ustaleniu liczby dni okresu, jaka wynika z terminu (momentu) określonego datą.

Rację ma więc Odwołujący, że to pozostali wykonawcy błędnie wyliczyli liczbę dni, a Zamawiający bezpodstawnie w ofercie Odwołującego prawidłowo wyliczoną liczbę dni poprawił jako oczywistą omyłkę rachunkową z zastosowaniem reguły wynikającej z art. 111 § 2 kc.

Odwołujący nie ma jednak racji twierdząc, jakoby do błędnego wyliczenia liczby dni tzw. okresu realizacji umowy w ofertach nie mógł znaleźć zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonywanych poprawek. Wyliczenie liczby dni, która wynika z okresu wykonania zamówienia podanego za pomocą

11

Sygn. akt KIO 2452/16

daty początkowej i końcowej, niewątpliwie jest zadaniem rachunkowym. Natomiast w tym trybie powinien zostać poprawiony wynik obliczenia wskazany w ofercie Przystępującego i trzeciego wykonawcy.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący bezpodstawnie twierdzi, że pozostali dwaj wykonawcy zaoferowali termin realizacji umowy liczony w dniach, który nie pozwala ocenić tych ofert w kryterium terminu realizacji, względnie powinien skutkować przyznaniem im 0 pkt w tym kryterium.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że wyłącznie oferty, które zostają odrzucone nie podlegają ocenie według kryteriów oceny ofert. Z kolei wszystkie nieodrzucone oferty muszą zostać ocenione według danego kryterium stosownie do tego, co wynika z ich treści.

Tymczasem Odwołujący przechodzi do porządku dziennego nad tym, że, jak to powyżej ustalono, w tym postępowaniu termin realizacji, który zostanie następnie wpisany do umowy, to data kalendarzowa (czyli tak jak w stanie faktycznym, pominiętym przez Odwołującego, w którym zapadło orzeczenie Sądu Najwyższego przywołane w odwołaniu), a wszyscy wykonawcy zaoferowali wykonanie przedmiotu umowy do 15 października 2017 r. Wobec tego wszystkie trzy oferty powinny zostać ocenione tak samo, czyli otrzymać w tym kryterium maksymalną liczbę punktów.

Ponieważ Zamawiający tak ocenił oferty, nie miało znaczenia, że ujednolicenie rezultatu, jaki powinien wynikać z jednolicie zaoferowanych terminów realizacji przedmiotu umowy, nastąpiło nie w stosunku do tych ofert, co powinno i nie według tej reguły, która powinna zostać zastosowana, gdyż nie wypaczyło to wyniku prowadzonego przez niego postępowania

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1 i 5 listy zarzutów}

Zgodnie z art. 180 ust. 1 odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast stosownie do art. 180 ust. 2 pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia

Sygn. akt KIO 2452/16

5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ponieważ wartość tego zamówienia jest poniżej tzw. progów unijnych, co było okolicznością bezsporną (choćby z uwagi na wysokość wpisu uiszczonego przez Odwołującego), zarzut naruszenia zasady jawności, czyli *de facto* odwołanie się od zaniechania niezwłocznego udostępnienia wglądu w konkurencyjne oferty, czy też zarzut naruszenia zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp, nie mogły być przedmiotem rozpoznania.

Niezależnie od powyższego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp nie został w odwołaniu skonkretyzowany tzn. nie podano żadnych okoliczności faktycznych dla jego uzasadnienia, co również uniemożliwia jego rozpoznanie.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 2 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. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: