Sygn. akt: KIO 2616/22

WYROK

z dnia 21 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022 r. przez wykonawcę PPUH Remdom Ż. P. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wilamowice

przy udziale wykonawcy Zakład Usług Budowlanych „D." sp. j., 32-600 Oświęcim - Zaborze zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 2616/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę PPUH Remdom Ż. P. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PPUH Remdom Ż. P. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 2616/22

Zamawiający: Gmina Wilamowice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Modernizacja układu komunikacyjnego w ramach rewitalizacji historycznego centrum Wilamowic - przebudowa Rynku w Wilamowicach", znak sprawy: IS.271.3.12.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 lipca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00279658/01.

W dniu 28 września 2022 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego: PPUH Remdom Ż. P. z siedziba w Dąbrowie Górniczej o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy

Zakład Usług Budowlanych „D." Spółka Jawna, 32-600 Oświęcim - Zaborze, zwanego dalej ZUB D. lub Przystępujący.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 3 października 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej Pzp lub ustawa Pzp, czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na:

1) niezgodnym z przepisami ustawy Pzp wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZUB D., jako najkorzystniejszej oferty,

2) niedopuszczalnym prowadzeniu Zamawiającego z wykonawcą ZUB D. negocjacji dotyczących złożonej oferty przez tego wykonawcę, a tym samym naruszeniu art. 223 ust. 1 zdanie drugie Pzp,

3) bezpodstawnym poprawieniu w ofercie wykonawcy ZUB D. innej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, w sytuacji, gdy taka omyłka w ofercie tego wykonawcy nie wystąpiła, a tym samym naruszeniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp,

4) bezprawnym zaniechaniu zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji weryfikacji przez zamawiającego spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wymaganego doświadczenia w sposób zgodny z art. 16 pkt 1 prawa zamówień publicznych w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c prawa zamówień publicznych, pomimo istnienia uzasadnionych wątpliwości w tym zakresie;

5) naruszeniu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcy ZUB D.,

2) unieważnienia czynności poprawienia w ofercie wykonawcy ZUB D. innej omyłki przez poprawienie oświadczenia tego wykonawcy z „zamówienie wykonam

w terminie: do 14 miesięcy od daty zawarcia umowy" na „zamówienie wykonam w terminie: do 18 miesięcy od daty zawarcia umowy",

3) nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzania procedury badania ofert, a w jej ramach odrzucenia oferty wykonawcy ZUB D..

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający we wzorze formularza oferty zamieścił informację: „3) zamówienie wykonam w terminie: do 14 miesięcy od daty zawarcia umowy,", a po zmianie treści SWZ „3) zamówienie wykonam w terminie: do 18 miesięcy od daty zawarcia umowy,".

Następnie zauważył, że w złożonej ofercie wykonawca ZUB D. oświadczył, że „zamówienie wykonam w terminie: do 14 miesięcy od daty zawarcia umowy".

Kontynuując, wskazał, że w dniu 9 września 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę ZUB D. do złożenia wyjaśnień:

- czy Wykonawca świadomie wpisał termin realizacji zamówienia do 14 miesięcy,

- czy też omyłkowo przyjął ten termin z uwagi na przeoczenie wprowadzonych zmian.

Dalej, podniósł, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca ZUB D. wyjaśnił, że: „Zakład Usług Budowlanych „D.” Spółka Jawna, jako Wykonawca składający ofertę w w/w postępowaniu przetargowym, omyłkowo skorzystał z formularza udostępnionego przed dokonaną w dniu 16.08.2022 r. zmianą ogłoszenia o zamówieniu. Oświadczam, iż Zakład Usług Budowlanych „D.” Spółka Jawna, jako Wykonawca składający ofertę w w/w postępowaniu przetargowym, zapoznał się ze zmianami dokonanymi przez Zamawiającego w dniu 16.08.2022 r., i w momencie składania oferty miał świadomość, iż wymagany przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia wynosi 18 miesięcy od daty zawarcia umowy. Niezgodność treści oferty z wymaganiami przedstawionymi w SWZ należy zatem uznać jako omyłkę. Jako wiążące należy uznać również pozostałe oświadczenia Wykonawcy zawarte w ofercie, w szczególności pkt 6) o treści „zapoznałem się ze wszystkimi dokumentami zamówienia, w szczególności ze SWZ, wzorem umowy, dokumentacją projektową, STWiOR, nie wnoszę do nich zastrzeżeń oraz przyjmuję warunki w nich zawarte,”. Podsumowując, oświadczam, iż właściwy termin realizacji zamówienia w naszej ofercie z dnia 30.08.2022 r. jest zgodny z SWZ i wynosi 18 miesięcy od daty zawarcia umowy.”.

Odwołujący zaznaczył również, że w dniu 15 września 2022 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę ZUB D. o poprawieniu w jego ofercie innej omyłki

: „Zamawiający informuje, że na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp, dokonano poprawy zapisu w pkt. 3) Formularza ofertowego w następującym zakresie:

- było: „zamówienie wykonam w terminie: do 14 miesięcy od daty zawarcia umowy”,

- po korekcie jest: „zamówienie wykonam w terminie: do 18 miesięcy od daty zawarcia umowy”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 9 września 2022 r. w/s wyjaśnień w zakresie zaoferowanego terminu realizacji zamówienia, oświadczył, że omyłkowo skorzystał z formularza udostępnionego przed zmianą dokonaną przez Zamawiającego w zakresie wydłużenia terminu realizacji zamówienia. Jednocześnie potwierdził, że zapoznał się ze wszystkimi wprowadzonymi zmianami oraz dokumentami zamówienia, nie wnosi do nich zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w nich zawarte. Tym samym właściwy termin realizacji zamówienia winien wynosić do 18 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Wskazał również, że Zamawiający uwzględniając przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia dokonał poprawy terminu realizacji zamówienia w Formularzu ofertowym jako: „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty”. Zamawiający informuje, iż zgodnie z art. 223 ust. 3 ustawy Pzp Wykonawca winien w terminie do 20 września 2022r wyrazić zgodę na poprawienie w ofercie w/w omyłki lub zakwestionować jej poprawienie. Stosowne oświadczenie należy złożyć w formie elektronicznej lub postaci elektronicznej opatrzonej

podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie

zostanie uznany za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki. Zamawiający przekazuje niniejsze pismo drogą elektroniczną i żąda niezwłocznego potwierdzenia faktu jego

otrzymania na adres:”.

Odwołujący przedstawił również okoliczność, że w dniu 16 września 2022 r. wykonawca ZUB D. wyraził zgodę na poprawienie w jego ofercie innej omyłki.

W ocenie Odwołującego - doszło do nieuprawnionych negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

Zaznaczył, że w złożonej ofercie wykonawca ZUB D. wyraźnie oświadczył, że „zamówienie wykonam w terminie: do 14 miesięcy od daty zawarcia umowy”.

Wywodził, że co jest istotne, każdy wykonawca miał prawo w ofercie oświadczyć, że wykona zamówienie w terminie krótszym niż określony przez Zamawiającego. Zamawiający nie określił bowiem minimalnego i niedopuszczalnego terminu wykonania zamówienia. Termin wykonania zamówienia wynoszący do 14 miesięcy od daty zawarcia umowy był również terminem realnym, w którym możliwe było wykonanie zamówienia. Wydłużenie terminu wykonania zamówienia z 14 miesięcy na 18 miesięcy wynikało natomiast z żądania zmiany tego terminu przez jednego z wykonawców.

Podkreślił przy tym, że żądanie od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, występuje w przypadku, gdy treść oferty jest niezrozumiała dla zamawiającego. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą jedynie zmienić treści oferty. Wyjaśnienia muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać.

Argumentował, że w przypadku oferty wykonawcy ZUB D. wszystko było zrozumiałe. Wykonawca ten zaoferował, że wykona zamówienie w terminie do 14 miesięcy. Skoro taka była wola wykonawcy ZUB D., Zamawiający powinien taką treść oferty przyjąć. W przypadku oferty wykonawcy ZUB D. nie wystąpiła sytuacja, że coś było niezrozumiałe i wymagało wyjaśnień.

Dodał przy tym, że wykonawca ZUB D. składając ofertę dział racjonalnie. Od wykonawcy ZUB D. wymagana jest staranność przy składaniu oferty.

Podkreślił, że zaoferowanie przez wykonawcę ZUB D. terminu wykonania zamówienia krótszego nie stanowiło podstawy odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Treść oferty wykonawcy ZUB D. z terminem wykonania zamówienia wynoszącym 14 miesięcy była zatem zgodna z warunkami zamówienia. Wezwanie do udzielenia wyjaśnień w celu poprawienia w ofercie wykonawcy ZUB D. innej omyłki było bezpodstawne.

Zdaniem Odwołującego - w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym, toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Zakazuje tego art. 223 ust. 1 zdanie drugie Pzp.

Według Odwołującego - zmiana zaoferowanego terminu wykonania zamówienia z 14 miesięcy na 18 miesięcy stanowi istotną i niedopuszczalną zmianę treści oferty.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że Zamawiający w wezwaniu sugeruje wręcz wykonawcy ZUB D., jakich wyjaśnień powinien udzielić ten wykonawca: „czy Wykonawca świadomie wpisał termin realizacji zamówienia do 14 miesięcy” oraz „czy też omyłkowo przyjął ten termin z uwagi na przeoczenie wprowadzonych zmian”.

W ocenie Odwołującego - Wykonawca po otrzymaniu takiego wezwania mógł dojść do wniosku, że w terminie 14 miesięcy może nie wykonać zamówienia, co spowoduje obciążenie go dotkliwymi karami umownymi i wyrazić zgodę na przyjęcie nowego bardziej korzystnego terminu wykonania zamówienia zmniejszającego ryzyko obciążenia go dotkliwymi karami umownymi za niewykonania zamówienia w terminie wskazanym w jego ofercie, tj. 14 miesięcy.

Podkreślił, że wykonawca ZUB D. składając ofertę miał świadomość o zmianie treści SWZ w zakresie terminu wykonania zamówienia, ponieważ w swoich wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, że „Oświadczam, iż Zakład Usług Budowlanych „D.” Spółka Jawna, jako Wykonawca składający ofertę w w/w postępowaniu

przetargowym, zapoznał się ze zmianami dokonanymi przez Zamawiającego w dniu 16.08.2022 r., i w momencie składania oferty miał świadomość, iż wymagany przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia wynosi 18 miesięcy od daty zawarcia umowy.”.

W przekonaniu Odwołującego - nie można zatem przyjąć, że wykonawca ZUB D. składając ofertę nie rozumiał dokonanej zmiany treści SWZ w zakresie terminu wykonania zamówienia. Co więcej, Zamawiający w nowym formularzu zaznaczył wyraźnie kolorem czerwonym „zamówienie wykonam w terminie: do 18 miesięcy od daty zawarcia umowy”.

W ocenie Odwołującego - nie było zatem podstawy do poprawienia w ofercie wykonawca ZUB D. innej omyłki. Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W pierwszej kolejności, Odwołujący zwrócił uwagę, że warunkiem poprawienia w ofercie innej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp (dalej jako „inna omyłka”) jest wystąpienie niezgodności oferty z dokumentami zamówienia (w tym przypadku z SWZ), niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem Odwołującego - na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp dopuszczalne jest więc poprawienie w ofercie omyłek, pod warunkiem, że poprawienie innej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty.

Argumentował, że zamiarem ustawodawcy w odniesieniu do art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp

było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. W postępowaniu Zamawiający w sposób niezrozumiały wystąpił do wykonawca ZUB D. wręcz z propozycją przemyślenia czy termin 14 miesięcy nie będzie przypadkiem terminem trudnym dla niego i czy nie warto ten termin zmienić, sugerując jak ma odpowiedzieć wykonawca ZUB D..

Co więcej, przekonywał, że nie było żadnej podstawy do poprawienia w ofercie Wykonawcy jakiejkolwiek omyłki. Skoro Wykonawca zaoferował termin 14 miesięcy (mógł taki termin zaoferować, ponieważ nie było ku temu żadnych przeciwskazań) licząc być może na wcześniejszą zapłatę wynagrodzenia po wykonaniu całości zamówienia, bo tak być może zrozumiał warunki zamówienia, to termin ten nie wymagał poprawienia.

Ponownie podkreślił, że zmiana terminu wykonania zamówienia z 14 miesięcy na 18 miesięcy ma znaczenie dla Wykonawcy, ze względu na wysokość ewentualnych kar

umownych.

O ocenie Odwołującego - o tym, że nie wystąpiła inna omyłka w ofercie wykonawcy ZUB D. świadczy także to, że w przypadku niewyrażenia przez wykonawcę ZUB D. zgody na poprawienie w jego ofercie oświadczenia „zamówienie wykonam w terminie: do 14 miesięcy od daty zawarcia umowy” na „zamówienie wykonam w terminie: do 18 miesięcy od daty zawarcia umowy”, niemożliwe byłoby odrzucenie oferty tego wykonawcy. Nie sposób bowiem przyjąć, że w przypadku, gdy możliwe było zaoferowanie krótszego i realnego pierwotnego terminu wykonania zamówienia wynoszącego 14 miesięcy, to niewyrażenie zgody przez wykonawcę ZUB D. na wykonanie terminu zamówienia w czasie 18 miesięcy, i przyjęcie oświadczenia tego wykonawcy, że wykona on zamówienie w czasie 14 miesięcy stanowiłoby jakąkolwiek podstawę odrzucenia oferty.

Podkreślił, że termin 14 miesięcy nie był terminem, w którym świadczenie byłoby niemożliwe do wykonania.

Odwołujący sądził, że być może, gdyby to Odwołujący zaoferował termin 14 miesięcy, to Zamawiający mógłby potraktować Odwołującego gorzej, uznając, że skoro zaoferował taki termin (co było dopuszczalne) to termin ten zostanie przyjęty do umowy.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności w zakresie referencji zwrócił uwagę, że ZUB D. złożył w ramach niniejszego postępowania referencje wystawione na jego rzecz przez Synthos Dwory 7 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna.

Nadto podniósł, że w treści referencji wskazano „wykonywał w latach 2017-2020 na terenie naszej firmy Synthos Dwory 7 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A.".

Tym samym występuje niezgodność we wskazaniu podmiotu będącego podmiotem zamawiającym w stosunku do wykazywanej inwestycji.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z wpisem do Krajowego Rejestru Sądowego wskazana spółka komandytowo akcyjna przestała istnieć na skutek przekształcenia na przełomie 2013 i 2014 roku co widać w załączonej informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców KRS.

Wskazał również, że zgodnie z treścią informacji zamieszczonych w Krajowym Rejestrze Sądowym, Spółka Synthos Dwory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. z dniem 18 grudnia 2013 r. została wykreślona z KRS, a wpis ten uprawomocnił się z dniem 8 stycznia 2014 r. W związku nie ma możliwości aby ZUB D. wykonywał dla tej Spółki prace w latach 2017 - 2020, tak jak to opisano w referencjach.

Według Odwołującego - zasada prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji wymaga, by zamawiający przed rozstrzygnięciem postępowania wyjaśniał wszelkie tego rodzaju niezgodności. Takiej weryfikacji zabrakło w niniejszej sprawie.

Odwołujący stwierdził przy tym, że dalsze wątpliwości co do treści referencji wynikają z poniższych spostrzeżeń:

1) Przedmiotowe roboty budowlane miały być prowadzone w formule zaprojektuj i wybuduj, jednak zgodnie rozbiciem wartości na poszczególne zadania nie wyodrębniono żadnej wartości prac projektowych, pomimo tego że wyodrębniono nawet prace tak małe jak te w zakresie wiat o wartości 9 000 zł brutto. Prace projektowe (wraz z badaniami wymaganymi do ich przeprowadzenia) mogły mieć wartość kilku procent całości prac tj. nawet miliona złotych. Trudno znaleźć racjonalne wyjaśnienie dla pominięcia tego zakresu prac.

Powyższe mogło również wpłynąć na zawyżenie wartości prac przedstawionych przez wykonawcę w celu wykazania spełniania warunku doświadczenia, gdyż uwzględniały one nie tylko roboty, ale również usługi projektowania.

2) Wartości poszczególnych robót ładnie się zaokrąglają do równych wartości brutto, pomimo oczywistego faktu, że uzgodnienia pomiędzy dwoma przedsiębiorcami dokonywane są w oparciu o kwoty netto, do których jest potem naliczany właściwy podatek VAT. Jest to tym bardziej widoczne po udzielonych wyjaśnieniach wykonawcy z 28 września 2022 r., w których wskazano na wartość prac związanych z wykonaniem parkingu na 2 760 000 złotych, co oznacza, iż koszt wykonania oświetlenia wynosił dokładnie 500 000 złotych brutto.

3) Na referencjach widnieje podpis m.in. M. R., który, zgodnie z informacją odpowiadającą odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców KRS spółki Synthos Dwory 7 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna (czyli spółki wpisanej w wykazie, innej niż wskazana w treści referencji) miał prawo reprezentacji spółki jako członek zarządu jej wspólnika (Synthos Dwory 2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością). Budzi wielką wątpliwość, by osoba te jednocześnie pełniła jedynie funkcję dyrektora zakładu produkcyjnego w innej spółce grupy Synthos.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że wątpliwości te wynikają również z niezgodności z informacjami zawartymi na profilu M. R. na portalu LinkedIn.

Zauważył, że z zawartego tam opisu zajmowanych stanowisk wynika, iż M. R. pełnił funkcję dyrektora zakładu (czyli zgodną z pieczątką widniejącą na referencjach) w okresie od czerwca 2007 r. do lipca 2016 roku. W okresie realizacji robót oraz później wystawienia referencji zajmował on stanowisko dyrektora operacyjnego/COO, co zostało uzupełnione na profilu o informację „Prezes Zarządu we wszystkich zakładach grupy stanowiących odrębne spółki". Ta informacja jest zgodna z danymi z informacji z KRS oraz sprzeczna z treścią złożonych referencji.

W ocenie Odwołującego - niezależnie od aktualnej niezgodności pomiędzy przedstawionym przez ZUB D. dokumentem referencji a wykazem robót, która sama w sobie powinna zostać przed wyborem zbadana przez zamawiającego, pojawiają się uzasadnione podejrzenie co do wiarygodności samej treści złożonych referencji oraz zakresu robót nimi objętych.

Niezgodność wskazania wystawcy referencji (nie tylko z wykazem, ale też i informacją na papierze firmowym, na którym zostały wystawione referencje) oraz nieaktualność stanowiska osoby wystawiającej referencje wskazują na uzasadnione ryzyko wystąpienia sytuacji złożenia dokumentu przerobionego co do treści, którego prawdziwość jest wątpliwa.

Zdaniem Odwołującego - powyższe wymaga koniecznej weryfikacji, zaś ta wymaga unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powrotu do etapu badania ofert. Pozwoli to na dokonanie już zgodnego z prawem zamówień publicznych wyboru najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie odwołania.

W dniu 10 października 2022 r. wykonawca Zakład Usług Budowlanych „D." sp. j., 32-600 Oświęcim - Zaborze, zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 18 października 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 9 września 2022 r. skierowanego do Przystępującego w sprawie wyjaśnienia omyłki, odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 12 września 2022 r., poprawienia przez Zamawiającego innej omyłki z dnia 15 września 2022 r., zgody Przystępującego z dnia 16 września 2022 r. na poprawienie w jego ofercie innej omyłki, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 18 października 2022 r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 19 października 2022 r., również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp, art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, art. 226 ust.1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy czynności Zamawiającego w aspekcie zgłoszonych zarzutów odwołania w konsekwencji doprowadziły do naruszenia powołanych na wstępie przepisów ustawy Pzp i czy oferta Przystępującego została złożona w okolicznościach prowadzenia pomiędzy nim a Zamawiającym niedozwolonych negocjacji, a także w warunkach bezpodstawnego poprawienia w ofercie Przystępującego omyłki. Ostatecznie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotne było również ustalenie czy oferta Przystępującego została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdziły się zarzuty odwołania.

Stosownie do art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

W aktach sprawy brak jest dowodu potwierdzającego okoliczność prowadzenia pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym negocjacji, w szczególności protokołu z przebiegu negocjacji.

Natomiast, korespondencja zmierzająca do wyeliminowania z obrotu omyłki, której następstwem jest jej poprawienie nie stanowi zmiany treści oferty (wezwanie Zamawiającego z dnia 9 września 2022 r. skierowanego do Przystępującego w sprawie wyjaśnienia omyłki, odpowiedź Przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 12 września 2022 r., poprawienie przez Zamawiającego innej omyłki z dnia 15 września 2022 r., zgoda Przystępującego z dnia 16 września 2022 r. na poprawienie w jego ofercie innej omyłki).

Według zapatrywania Izby - Przystępujący omyłkowo, w sposób nie zamierzony wpisał w formularzu oferty termin realizacji zamówienia „...do 14 miesięcy", co wynikało z poprzednio obowiązującej treści SWZ, która uległa następnie zmianie przez Zamawiającego, gdzie przewidziano termin „.do 18 miesięcy.".

Zgodnie z art.223 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Biorąc pod uwagę, że powyższa zmiana terminu wydłużała termin realizacji zamówienia do 18 miesięcy i była zastrzeżona na korzyść wykonawców, poprawienie terminu z 14 miesięcy do 18 miesięcy nie miało charakteru istotnego z punktu widzenia zadeklarowania przez Przystępującego krótszego terminu wykonania zamówienia i było irrelewantne dla innych wykonawców, w szczególności z tego powodu, że termin realizacji zamówienia nie był dodatkowo premiowany w kryterium oceny ofert.

Zdaniem Izby - sporna omyłka była również niezamierzona przez Przystępującego i była spowodowana zmianą przez Zamawiającego treści formularza ofertowego (w wersji pierwotnej był przewidziany termin do 14 miesięcy, lecz wskutek zapytania innego wykonawcy Zamawiający wydłużył ten termin do 18 miesięcy - vide: pytania i odpowiedzi Zamawiającego do SWZ z dnia 16 sierpnia 2022r., odpowiedź nr 1.15., zmiana SWZ - pkt 1, dokonana zmiana w rozdziale IV Termin wykonania zamówienia: „Termin wykonania zamówienia: do 18 miesięcy od daty zawarcia umowy.").

W związku z powyższą zmianą terminu wykonania zamówienia i zadeklarowaniem przez Odwołującego terminu do 14 miesięczny należało stwierdzić, że oświadczenie to formalnie było niezgodne z dokumentami zamówienia w części odnoszącej się do dokonanej przez Zamawiającego zmiany skutkującej ustanowieniem terminu do 18 miesięcy.

Z tych wszystkich powodów Izba doszła do przekonania, że Zamawiający miał prawo dokonać poprawienia innej omyłki.

Idąc dalej, Izba uznała, że nie był również trafny zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zdaniem Izby - Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu wykonanych robót i referencji.

W zakresie tego zarzutu Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 20 września 2022 r. wezwał Przystępującego do złożenia spornego wykazu i odpowiednich do niego referencji na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych. W powyższym piśmie Zamawiający określił termin dla tej czynności do dnia 27 września 2022 r.

Izba stwierdziła, że w dniu 27 września 2022 r., czyli w powyższym zakreślonym przez Zamawiającego terminie takie dokumenty zamówienia zostały złożone.

Jednocześnie wymaga zauważenia, że Zamawiający w dacie oceny podmiotowych środków dowodowych nie miał wiedzy odnoszącej się do wiarygodności i poprawności wystawionej referencji przez osobę trzecią.

Wszystkie te okoliczności zostały dopiero ujawnione i podniesione na etapie postępowania odwoławczego, w szczególności zostały podniesione w piśmie procesowym Odwołującego z dnia 19 października 2022 r., gdzie Odwołujący przedstawił pismo z dnia 17 października 2022 r. Syntos Dwory 7 sp. z o.o. informujące, że firma ta nie wystawiła na rzecz Przystępującego referencji z dnia 19 lutego 2020 r. w zakresie deklarowanego zadania.

Jednocześnie należy wskazać, że w myśl art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Odwołujący, mając określone przeświadczenie o wadliwości złożonych przez Przystępującego dokumentów podmiotowych mógł, między innymi, o tym powiadomić Zamawiającego, a w przypadku braku jego reakcji sformułować zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa wpodmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Następnie mógł on również zgłosić zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez to, że tamten mógł żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Ostatecznie, Odwołujący mógł oczekiwać od Zamawiającego zachowania wynikającego z treści art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym to przepisem jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Mając na uwadze, że Odwołujący takich jak wyżej wskazane zarzutów w tym postępowaniu odwoławczym nie wyartykułował, a postępowanie odwoławcze z przyczyn, o których mowa w art. 555 ustawy Pzp ma charakter w pewien sposób sformalizowany, Izba nie mogła uwzględnić odwołania.

Natomiast, co wymaga podkreślenia podana przez Odwołującego niezgodność w zakresie referencji z podaniem licznych jego wątpliwości odnoszących się do oświadczenia Przystępującego z wykazu, a także przede wszystkim co do samej referencji nie może stanowić podstawy do sformułowania zarzutu opartego o przepis art. 16 ust.1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, a wobec tego należało przyjąć, że jest on bezzasadny.

Na marginesie wymaga zauważenia, co przyznał sam pełnomocnik Zamawiającego, że wątpliwości na które powołał się Odwołujący, w tym te ujawnione na rozprawie będą wymagały wyjaśnienia przez Zamawiającego, wobec treści złożonych nowych dowodów w postępowaniu odwoławczym.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała za bezprzedmiotowe inne dowody zgłoszone przez strony i uczestników, które odnosiły się do zdarzeń nie objętych zarzutami odwołania i nie znanymi Zamawiającemu w dacie podjęcia przez niego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Przewodniczący:.....