

WYROK
z dnia 19 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Członkowie: Monika Kawa-Ogorzałek
Ewa Kisiel

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2017 r. przez wykonawcę **B. M. R. R. R. Sp. j., ul. (...) R.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **A. S. Sp. z o.o., ul. (...) N.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **B. M. R. R. R. Sp. j., ul. (...) R.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **B. M. R. R. R. Sp. j., ul. (...) R.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260 oraz z 2017 r. poz. 933) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający A. S. Sp. z o.o. z siedzibą w N. ul (...) N. wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wykonanie robót budowlanych polegających na dostawie i instalacji bram garażowych w ramach zadania 43500 Dęblin, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, oznaczenie sprawy (...)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w BZP 17.07.2017 r. pod nrem 552477-N-2017.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260 oraz z 2017 r. poz. 933) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 29.08.2017 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy P. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., ul. (...) Ł.

Wykonawca B. M. R. R. R. Sp. j., ul. (...) R., zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 4.09.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp (zamawiający nierówno i w sposób nieuczciwy potraktował wykonawców i złożone przez nich oferty w stosunku do wykonawcy, który został wybrany przez zamawiającego);
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp (oferta uznana za najkorzystniejszą podlega odrzuceniu, co jest podstawą do zakwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej przez złożenie oferty z niezgodnym z treścią SIWZ oferowanym przedmiotem zamówienia i odmiennych niż założył zamawiający opisem kalkulacji ceny oferty);
- 3) art. 87 ust. 1 Pzp (naruszenie zakazu negocjacji z wykonawcą treści oferty i uznanie, że udzielone przez wykonawcę P. wyjaśnienia zmieniające treść oferty są zgodne z przepisami ustawy Pzp);
- 4) art. 22a ust. 1 i § 9 ust. 1 rozporządzenia MR (naruszenie wymagań narzuconych przepisami ustawy Pzp i treścią SIWZ co do wymagań związanych z udostępnieniem zasobów innego podmiotu które zostały wprowadzone postanowieniami SIWZ – brak oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby podpisanego przez ten

3

podmiot oraz wskazania zasad i sposobu udostępnienia opisanego przez wykonawcę);

- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 i ust. 1 Pzp (w ofercie została wprowadzona wadliwa stawka VAT, gdzie usługa objęta przedmiotem zamówienia objęta jest 23% VAT);
- 6) art. 90 ust. 3 Pzp (w trakcie procedury badania i oceny ofert zamawiający żądał wyjaśnień od wykonawcy w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty – rażąco niska cena, gdzie udzielona odpowiedź złożona przez wykonawcę, nie wyjaśniała wszystkich elementów, których wymagał zamawiający);
- 7) art. 91 Pzp (wybór oferty w oparciu o kryteria oceny ofert ustanowione tylko dla wykonawców, których oferta nie podlega odrzuceniu i których wykonawcy nie podlegają wykluczeniu z postępowania, a do oceny oferty najkorzystniejszej została dopuszczona oferta podlegająca odrzuceniu).

Odwołujący wniósł o:

- 1) o powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty wykonawcy P., jako niezgodnej z treścią SIWZ, z wadliwie dokonaną procedurą obliczenia jej ceny;
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy P. ze względu na nieudzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 3) dokonanie poprawnie tych czynności zgodnie z przepisami art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 i art. 90 ust. 3 Pzp co będzie generować odrzucenie oferty wykonawcy P. i wybór oferty odwołującego;
- 4) uwzględnienie odwołania;
- 5) unieważnienie czynności zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej i wszystkich innych czynności związanych z dokonanym wyborem (odrzucenie oferty uznanej za najkorzystniejszą);
- 6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Argumentacja odwołującego

1. Oferta wariantowa

Zamawiający w SIWZ i w treści ogłoszenia nie dopuścił składania oferty wariantowej co w praktyce nie dawało podstaw do przyjęcia innego rozwiązania w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia.

Gdyby taka możliwość istniała, wykonawcy składając ofertę mogliby w inny sposób kształtować oferowany przedmiot zamówienia niż wskazany przez zamawiającego.

4

Nieprzypadkowo zamawiający ogłaszając przetarg ma podać, czy dopuszcza czy też nie składanie ofert wariantowych. Zgodnie z definicją art. 2 pkt 7 Pzp: pod pojęciem oferty wariantowej – należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego.

Dopuszczenie składania oferty wariantowej zdaniem odwołującego jest najczęściej możliwe w przypadku, gdy mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym. Różne rozwiązania co do ilości materiałów, użytej technologii, pozwalają wykonawcy zaproponować w ofercie przedmiot spełniający wymagania zamawiającego co do ostatecznego efektu. Jednak zamawiający takiej możliwości nie przewidział, a użyta w SIWZ (projekcie umowy) została ustanowiona zasada „wynagrodzenia kosztorysowego”. Zdaniem odwołującego (co potwierdzają postanowienia SIWZ i udzielonego wyjaśnienia) SIWZ nie pozwalała na zmiany w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia.

W związku z tym złożenie oferty przez wykonawcę P. z innym niż opisany przez zamawiającego przedmiotem powinno skutkować odrzuceniem takiej oferty i dokonaniem wyboru innej oferty (odwołującego).

Dowolność zmiany przedmiotu zamówienia przez wykonawcę przeczy art. 29 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp – gdzie opisany przedmiot zamówienia został dokładnie i precyzyjnie a wykonawca P. dokonał jego zmiany w swojej ofercie lub nie wycenił pozycji, które istniały w tym opisie (załącznik nr 1 do odwołania – rozbieżności w przedmiocie zamówienia).

2. Przedmiot zamówienia – kalkulacja ceny i udzielane wyjaśnienia

Dokonana czynność wynikająca z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp wymusiła na zamawiającym dokładną analizę udzielonych wyjaśnień przez wykonawcę P.. Z ich treści wynikało, że wykonawca P. nie dokonał właściwej kalkulacji ceny oferty (co odwołujący wykazał w pkt 1), gdyż nie uwzględnił w udzielonych wyjaśnieniach wymaganych elementów przedmiotu zamówienia, który „teoretycznie oferował” w ofercie.

Zamawiający dwukrotnie wymagał wyjaśnień na podstawie art. 90 Pzp, co raczej nie jest uznawane jako postępowanie zgodne z przepisami Pzp. Jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w danej części istotnego elementu przedmiotu zamówienia – zamawiający nie może ponawiać próby o ich udzielenie. Stanowi to naruszenie art. 90 i art. 7 ust. 1 Pzp (złamanie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji) i podważa autorytet, którym cieszą się przepisy ustawy Pzp co do sposobu procedowania w przetargach.

Wg oceny odwołującego tej czynności już zamawiający nie może poprawić czy wyjaśnić przez zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp czy też kolejne wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 czy ust. 1a

5

Pzp. Jednocześnie zaoferowanie odmiennego od wymagań zamawiającego przedmiotu zamówienia nie można nazwać omyłką wymuszającą jego poprawę na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiającemu nie są znane ceny poszczególnych elementów oferty obejmujące wskazane w treści odwołania części przedmiotu zamówienia, których wykonawca P. nie wycenił, a zmiana sposobu obliczenia ceny oferty przez „ukrycie” jej części w innych pozycjach przy wynagrodzeniu kosztorysowym zdaniem odwołującego jest niemożliwa.

3. Brak złożonego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z art. 25a ust. 3 Pzp

Zamawiający – zgodnie z art. 22a ust. 1 Pzp – wymagał, aby wykonawca składając ofertę złożył deklarację o udostępnieniu swoich zasobów (str. 3 pkt 5 SIWZ). Brak tych oświadczeń dyskwalifikuje możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę P. jako zgodnej z postanowieniami SIWZ.

Dodatkowo jeszcze w treści oferty wykonawca P. wskazał, że będzie korzystał z zasobów innych podmiotów (str. 20), zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp.

W praktyce zamawiający i przepisy Pzp wymagają, aby podmiot udostępniający swoje zasoby był „sprawdzony” pod kątem braku podstaw do wykluczenia z postępowania art. 22a ust. 3 Pzp.

Badanie to zostało przez zamawiającego zapisane w treści SIWZ (art. 25a ust. 3 Pzp) jako wymóg wprowadzony także stosownym drukiem oświadczenia. Wykonawca P. składając ofertę tego nie wypełnił – strona 22 oferty wskazując ten podmiot jako podwykonawca, na którego zasoby wykonawca ten się nie powołuje.

Stoi to w sprzeczności z innymi fragmentem oferty (str. 20 oferty), gdzie wykonawca P. wskazuje ten sam podmiot jako ten, który udostępni zasoby w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ewidentna sprzeczność nie została wyjaśniona w tej procedurze – co ma ewidentny wpływ na dokonany wybór oferty najkorzystniejszej.

4. Zmiana deklaracji co do obowiązującej stawki VAT – co ma oczywisty wpływ na dokonaną kalkulację ceny oferty

Zamawiający pismem z 16.08.2017 r. wskazał, że wykonawca podał wadliwą stawkę VAT. Podstawa prawna żądania wyjaśnień wskazana jako art. 87 ust. 1 Pzp nie daje podstaw do negocjacji i w tym zmiany ceny oferty czy składników cenotwórczych. Zapytanie to potwierdziło, że wykonawca naruszył zasady ustalone treścią SIWZ i przepisów ustawy Pzp – podając różne stawki VAT. Usankcjonowanie tego wyjaśnieniem złożonym 17.08.2017

6

r., że prawidłowa stawka to 23% zdaniem odwołującego nie spełnia wymagań przepisów ustawy Pzp.

Jeżeli wykonawca niepoprawnie podał stawkę VAT w ofercie (która będzie obowiązywać w trakcie realizacji umowy) i uznać ten błąd jako dający się poprawić – należało skorzystać z art. 87 ust. 2 pkt 1 lub pkt 3 Pzp – i zgodnie z przepisami Pzp dokonać poprawy tego elementu w treści oferty. Czyni to zamawiający, a nie wykonawca. Czynności w tej części dokonane przez wykonawcę (bez ingerencji zamawiającego zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp) w praktyce przez art. 14 ust. 1 Pzp czynią tę sytuację w oparciu o przepisy Kc, jako złożenie przez wykonawcę pismem z 17.08.2017 r. nowej oferty, która została przyjęta przez zamawiającego w tym postępowaniu. Reguluje to przepis art. 68 Kc.

Zdaniem odwołującego – czynność zmiany treści oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp może mieć miejsce jedynie w oparciu o czynność dokonaną zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp, która to wymaga późniejszego poinformowania wykonawcy o zmianie oferty. W analizowanym przypadku tej części procedury i postępowania zamawiającego mamy do czynienia z naruszeniem art. 82 Pzp, który wskazuje, że wykonawca może złożyć jedną ofertę.

W żądaniu powtórzenia czynności badania i oceny ofert wnosi się o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności poprawy oferty przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp i poinformowanie tego wykonawcy o dokonaniu tej czynności. Jednak z pozyskanych informacji od zamawiającego, wykonawca P. nie wyraził zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą i nie wniósł uzupełniającego wadium na nowy okres – co czyni dokonanie tej czynności niezasadnym i niemożliwym.

W praktyce zasadnym jest wskazanie naruszenia kolejnego przepisu – art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b Pzp.

5. Obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b Pzp

Art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b Pzp nakładają na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, gdy (pkt 7a) wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą lub (pkt 7b) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Jest to przepis bezwzględnie obowiązujący i nie daje żadnego pola interpretacji zamawiającemu. Panuje pogląd, że zamawiający nie może uchylać się od podjęcia takiej decyzji, gdy zachodzi okoliczność tam wskazana.

W podnoszonym przypadku wykonawca P. nie tylko miał wyrazić zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, ale i wnieść wadium, które to miało zabezpieczyć na nowy okres zawarcie umowy z zamawiającym i konsekwencje jej niepodpisania przez wybranego wykonawcę.

7

Czynność odmowy przedłużenia tych terminów skutkowałą jedynie brakiem możliwości zatrzymania wadium (art. 85 ust. 3 Pzp). Jednocześnie w art. 85 ust. 4 Pzp jest mowa o obowiązku narzuconym przepisami ustawy Pzp, którego wykonawca P. nie spełnił.

Teoretycznie zamawiający nie musiał zastosować art. 85 ust. 2 Pzp (zamawiający może, ale nie musi) i po jego zastosowaniu każdy wykonawca, który otrzymał takie wezwanie musi podjąć decyzję – czy chce dalej uczestniczyć w procedurze czy też nie. Wydaje się, że wykonawca P. podjął w tej części decyzję, którą zamawiający zmienił naruszając przepisy ustawy Pzp. Jest to kolejny przypadek naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – równego traktowania wykonawców.

6. Procedura wyjaśnień z art. 90 Pzp („rażąco niska cena”) realizowana w trakcie

postępowania z naruszeniem przepisów Pzp

Zamawiający 24.08.2017 r. na podstawie art. 90 Pzp zwrócił się do wykonawcy P. o udzielenie wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty.

Udzielone wyjaśnienia były na tyle niejednoznaczne, że zamawiający 28.08.2017 r. ponownie zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, ale formie przedstawienia dowodów potwierdzających prawidłowość dokonanej kalkulacji ceny przez tego wykonawcę do 29.08.2017 r. Zamawiający już w pierwotnej – bazowym wystąpieniu z 24.08.2017 r. wymagał dowodów, które mają być załączone do udzielonych wyjaśnień w pierwotnym terminie do 28.08.2017 r. Powtórzenie tego żądania czy wręcz jego zacytowanie z pierwotnej części było w praktyce powtórzeniem pierwotnego żądania i potwierdzeniem, że w pierwotnym terminie wykonawca nie wyjaśnił szczegółów, które zamawiającego interesowały. W praktyce zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

WNIOSEK

Czynności (lub ich zaniechania) dokonane przez zamawiającego w procedurze badania i oceny ofert naruszają interes odwołującego polegający na braku możliwości uzyskania zamówienia, utratę korzyści finansowych które są z tym związane oraz utratę prestiżu realizacji zamówienia u zamawiającego. Interes ten doznał uszczerbku w wyniku naruszenia wyżej przytaczanych przepisów ustawy Pzp, a tym samym zostały spełnione przesłanki art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 4.09.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

8

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 4.0.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 14.09.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez to, że zamawiający nierówno i w sposób nieuczciwy potraktował wykonawców i złożone przez nich oferty w stosunku do wykonawcy, który został wybrany przez zamawiającego, zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp – przez to, że oferta uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą podlega odrzuceniu, co jest podstawą do zakwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej przez złożenie oferty z niezgodnym z treścią SIWZ oferowanym przedmiotem zamówienia i odmiennych niż założył zamawiający opisem kalkulacji ceny oferty, zarzut trzeci naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp – przez to, że zamawiający naruszył zakaz negocjacji z wykonawcą treści oferty i zamawiający uznał, że udzielone przez wykonawcę P. wyjaśnienia zmieniające treść oferty są zgodne z przepisami ustawy Pzp i zarzut szósty naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp – przez to, że zamawiający w trakcie procedury badania i oceny ofert zamawiający żądał wyjaśnień od wykonawcy P. w zakresie sposobu obliczenia

ceny oferty i rażąco niskiej ceny, a udzielona odpowiedź złożona przez wykonawcę P., nie wyjaśniała wszystkich elementów, których wymagał zamawiający – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał w pisemnym odwołaniu naruszenia przez zamawiającego przytoczonego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, a nawet podczas rozprawy ustnie do protokołu nie wykazywał takiego naruszenia.

Argumentując zarzut pierwszy odwołujący stwierdził, że zamawiający nie przewidywał możliwości złożenia oferty wariantowej – część XXII SIWZ, a wykonawca P. nie złożył oferty odbiegającej od opisu przedmiotu zamówienia opracowanego i załączonego do SIWZ przez zamawiającego. Zwłaszcza odwołujący wskazał na brak szczególnego wykazania w ofercie wykonawcy P. elementu kontroli dostępu do bram. Jednak, jak słusznie zauważył zamawiający, zamawiający nie wymagał w SIWZ wykazania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia i ich wyceny. A biorąc pod uwagę zadeklarowany ryczałtowy sposób rozliczenia zamówienia, zamawiający takich informacji nie musiał uzyskać od wykonawców, nie żądał tych informacji na żadnym etapie postępowania i takim postępowaniem nie naruszał żadnego przepisu.

Z życiowego doświadczenia wiadomo, że w przypadku ryczałtowych rozliczeń umowy możliwe są również zmiany zakresu przedmiotu zamówienia, co np. jest uregulowane w art. 145 ust. 1 i 2 Pzp i mimo braku szczegółowych kosztorysów dochodzi do bezkonfliktowych rozliczeń między stronami za części już wykonanych przedmiotów zamówienia. Przepisy art. 145 ust. 1 i 2 Pzp brzmią »1. W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrazić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. 2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy«.

Zdaniem Izby bardzo istotne w sprawie jest to, że ani odwołujący, ani wykonawca P. nie wykazali w swoich ofertach oddzielnie cen częściowych za czytniki kart dostępu, gdyż ta część przedmiotu zamówienia była wliczona w cenę bramy przez obu wykonawców. Nie można z tego wyciągać jakichkolwiek konsekwencji, gdyż zamawiający nie żądał w SIWZ takiego wyszczególnienia.

Odwołujący nie wykazał także, że wykonawca P. nie dokonał właściwej kalkulacji swojej ceny ofertowej, gdyż zaoferował niepełny przedmiot zamówienia i w związku z tym cena ofertowa tego wykonawcy mogła być znacząco niższa. Na podkreślenie Izby zasługuje fakt, że zamawiający ustalił ryczałtowy sposób wynagrodzenia w związku z tym nie ma podstaw

10

do podważania ustalenia zamawiającego, że wykonawca P. właściwie zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w granicach zaoferowanej ceny i objął swoją ofertą pełny zadeklarowany oraz wymagany przez zamawiającego przedmiot zamówienia.

Także odwołujący nie wykazał, że wykonawca P. zaoferował ofertę z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wprost przeciwnie – zamawiający widząc około

50%

różnicę cen ofertowych zażądał od wykonawcy P. wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i otrzymał wystarczająco wyczerpujące wyjaśnienia poparte dowodami, w tym również w języku angielskim. Izba musi zaznaczyć, że zamawiający – zgodnie z art. 9 ust. 2 Pzp i § 16 ust. 1 zdanie pierwsze przytaczanego rozporządzenia w sprawie dokumentów powinien żądać tłumaczenia tych dokumentów na język polski, jednak w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający dopuszczając ofertę wykonawcy P. do etapu oceny ofert oparł się na dokumentach złożonych w języku polskim co nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, szczególnie że odwołujący nie wykazał, że treści zawarte w dokumentach obcojęzycznych dyskwalifikują badaną ofertę i powodują, że omawiana oferta powinna zostać odrzucona. Art. 9 ust. 2 Pzp brzmi »Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim«.

Ponadto Izba stwierdza, że żaden przepis ustawy Pzp nie zabrania zamawiającemu

szczegółowszego badania oferty i wystosowywania kolejnego żądania wyjaśnień zagadnień oferty, które budzą u zamawiającego wątpliwości. Wprost przeciwnie, od zamawiających wymaga się działania z należytą starannością, co w efekcie częstokroć prowadzi zamawiających do więcej niż jednokrotnego wyjaśniania poszczególnych szczegółów ofert. Dlatego kolejne żądania zamawiającego o wyjaśnienie szczegółowych elementów oferty nie może być uznane za naruszenie przepisów ustawy Pzp, co sugerował odwołujący.

Dlatego zarzut odwołującego, że oferta wykonawcy P. nie odpowiada treści SIWZ i zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp powinna zostać odrzucona nie może zostać uwzględniony. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. Także odwołujący nie wykazał, że przedmiotowa oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny oferty i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp powinna zostać odrzucona. Art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu«.

Także Izba nie stwierdziła, że zamawiający dokonywał negocjacji z wykonawcą P. i dopuścił do zmiany treści oferty tego wykonawcy, co sugerował odwołujący.

W związku z tym zarzut pierwszy naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp, zarzut trzeci naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp ani zarzut szósty naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp nie mogą zostać uwzględnione przez Izbę.

11

W ocenie Izby zarzut czwarty naruszenia art. 22a ust. 1 i § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) – przez to, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp i treść SIWZ co do wymagań związanych z udostępnieniem zasobów innego podmiotu które zostały wprowadzone postanowieniami SIWZ – brak oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że wykonawca P. wpisał w formularzu oświadczenia dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu informację o podmiocie, z którego zasobów będzie korzystać w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednak wykonawca P. nie dołączył do oferty innych dokumentów dotyczących tego podmiotu trzeciego. Ale wykonawca P. wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu bez korzystania z zasobów żadnego innego podmiotu. Zamawiający zakwalifikował wpis w oświadczeniu o korzystaniu z zasobów podmiotu trzeciego jako złożony omyłkowo i bez żądania dodatkowych wyjaśnień uznał, że wykonawca P. spełnia kwestionowany warunek udziału w postępowaniu, gdyż faktycznie z wykazu doświadczenia wynika, że wykonawca P. samodzielnie spełnia warunek i nie musi korzystać z zasobów innego podmiotu.

W związku z tym Izba stoi na stanowisku, że w tym zakresie zamawiający nie wykazał się najwyższą starannością i nie wystosował żądania wyjaśnienia zawarcia w ofercie odpowiedniego oświadczenia o niekorzystaniu z potencjału podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale nie ma to wpływu na wynik postępowania, gdyż wykonawca P. wykazał w odpowiednich załącznikach do oferty samodzielne spełnienie warunku, a zamawiający uwzględnił te dokumenty w trakcie badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym Izba nie może uwzględnić zarzutu czwartego naruszenia art. 22a ust. 1 Pzp, § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz postanowień SIWZ.

W ocenie Izby zarzut piąty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i ust. 1 Pzp – przez to, że zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy P., mimo że w ofercie tego wykonawcy została wprowadzona wadliwa stawka VAT – 0%, gdzie do usługi objętej przedmiotem zamówienia należy stosować stawkę VAT – 23% – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że z formularza ofertowego – zaproponowanego przez zamawiającego – można było omyłkowo uznać, że w postępowaniu obowiązuje tzw. odwrócony porządek podatkowy i dlatego wykonawca P. w pkt 3 formularza oferty wpisał, że stawka VAT wynosi

12

0%. Jednak w formularzu cenowym ten wykonawca wskazał na prawidłową stawkę VAT – 23%. Ze względu na takie rozbieżności w ofercie *sensu largo* zamawiający zażądał wyjaśnień, którą stawkę VAT wykonawca uznaje za właściwą. W odpowiedzi wykonawca P. napisał, że prawidłowa w jego ofercie jest stawka VAT – 23%, a stwierdzenie to miało podstawę w szczegółowym formularzu cenowym. Zamawiający wziął pod uwagę tę odpowiedź podczas badania oferty i zamawiający uznał, że oferta nie podlega odrzuceniu, chociaż zamawiający nie do końca wypełnił obowiązek wynikający z art. 87 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie [...] oczywiste omyłki pisarskie [...] niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«. Jednak Izba musi stwierdzić, że to nie w pełni formalne wypełnienie dyspozycji przytoczonego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania i w związku z tym Izba nie może uwzględnić zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i ust. 1 Pzp.

Dodatkowo Izba stwierdza, że takie zawieranie w jednej ofercie dwóch lub nawet większej liczby wykluczających się informacji jest często spotykane w postępowaniach zamówieniowych i zwykle, tak jak w rozpoznawanym postępowaniu, kończy się na poprawieniu omyłki zgodnie z któryś z punktów art. 87 ust. 2 Pzp, gdyż celem postępowania zamówieniowego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z wykorzystaniem w tym celu narzędzi takich jak wyjaśnianie treści ofert czy poprawianie omyłek w ofertach, a nie jest celem postępowania odrzucanie możliwie największej liczby ofert czy wykluczanie wykonawców.

W ocenie Izby zarzut siódmy naruszenia art. 91 Pzp – przez to, że zamawiający dokonał wyboru oferty w oparciu o kryteria oceny ofert ustanowione tylko dla wykonawców, których oferta nie podlega odrzuceniu i których wykonawcy nie podlegają wykluczeniu z postępowania, a do oceny oferty najkorzystniejszej została dopuszczona oferta podlegająca odrzuceniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp. Przepis art. 85 ust. 2 Pzp brzmi »Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni«. Prawie jednocześnie, pismem z 29.08.2017 r., zamawiający poinformował wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wykonawca P. nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o czym powiadomił zamawiającego pismem z 30.08.2017 r. Ze względu na to, że brak zgody na przedłużenie ofert został wystosowany po wyborze najkorzystniejszej oferty i jednocześnie w pierwotnym

13

terminie związania ofertą (i zabezpieczenia oferty odpowiednim wadium), który to termin związania ofertą upływał 31.08.2017 r., ta odmowa przedłużenia terminu związania ofertą nie miała wpływu na wynik postępowania. Ponadto Izba zauważa, że oferta wykonawcy P. w momencie jej wyboru jako najkorzystniejszej była prawidłowo zabezpieczona wadium aż do upływu pierwotnego terminu związania ofertą.

Mimo to odwołujący zarzucił, że zamawiający nie wypełnił dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b Pzp, które to przepisy brzmią »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: [...] (7a) wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą; (7b) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium«. Izba musi wskazać, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp odnosi się do sytuacji po upływie pierwotnego terminu związania ofertą. Natomiast na podstawie tego unormowania nie można odrzucić oferty, której termin związania jeszcze nie upłynął. Brak zgody na przedłużenie związania ofertą może wpłynąć na zamawiającego mobilizująco, aby dokonał on wyboru najkorzystniejszej oferty w pierwotnym terminie związania ofertą dla „uratowania” postępowania. Podobnie było w rozpoznawanym postępowaniu: zamawiający przewidując dłuższe procedowanie zwrócił się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą i dalej procedował wybór najkorzystniejszej oferty i dokonał tego wyboru jeszcze przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą. W związku z tym dzień późniejsza odmowa przedłużenia terminu związania ofertą nie miała wpływu na wynik postępowania i nie mogła też wpłynąć na zamawiającego, aby odrzucił on

ofertę wykonawcy P. jeszcze w trakcie związania ofertą.

Dlatego w rozpoznawanym postępowaniu Izba nie może się przychylić do zarzutu naruszenia art. 91 Pzp, gdyż zamawiający dokonał wyboru oferty w terminie jej związania i w terminie jej właściwego zabezpieczenia wadium.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

14

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

15