

Sygn. akt: KIO 1470/15

WYROK
z dnia 27 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2015 r., przez **Odwołującego – Usługowy Zakład Instalacyjno-Ogólnobudowlany s.c. inż. K. S. & Z. Z., ul. Budowlana 26A/7, 78-100 Kołobrzeg**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Powiat Białogardzki – Starostwo Powiatowe w Białogardzie, Plac Wolności 16-17, 78-200 Białogard**,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz kwotę **879 zł 26 gr** (słownie: osiemset siedemdziesiąt dziewięć złotych dwadzieścia sześć groszy) stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Koszalinie**.

Przewodniczący:

1

Sygn. akt: KIO 1470/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Białogardzki – Starostwo Powiatowe w Białogardzie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie modernizacji systemu c.o. i c.w.u. w Centrum Wspierania Rodziny „Dom pod Świerkiem”, ul. Grunwaldzka 49-51 w Białogardzie na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego.

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 maja 2015 r., nr 76689-2015.

W dniu 6 lipca 2015 r., Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, wskazując, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W przedmiotowym piśmie Zamawiający zawiadomił jednocześnie o odrzuceniu wykonawcy Zakład Instalacyjno- oferty Usługowy Ogólnobudowlany s.c. inż. K. S. & Z. Z., ul. Budowlana 26A/7, 78-100 Kołobrzeg, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp.

W dniu 10 lipca 2015 r., Odwołujący - Usługowy Zakład Instalacyjno-Ogólnobudowlany s.c. inż. K. S. & Z. Z., ul. Budowlana 26A/7, 78-100 Kołobrzeg – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty, a w

efekcie bezpodstawnego unieważnienia postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 93 ust. 3 Pzp poprzez nie podanie uzasadnienia faktycznego ani prawnego dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp poprzez bezpodstawne zastosowanie wskazanych przepisów, skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego,
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez nie zastosowanie się do dyspozycji normy prawnej wyrażonej w tym przepisie,
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez nieuprawnione unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, a w efekcie o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania

2

przez Zamawiającego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że Zamawiający nie wyjaśnił w żaden sposób w zawiadomieniu, jakie to błędy w obliczeniu ceny popełnił Odwołujący i w jakim zakresie/w którym miejscu treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ oraz nie przytoczył żadnych okoliczności faktycznych ani prawnych, które uzasadniałyby powyższe twierdzenie. Takie zaniechanie ze strony Zamawiającego stanowi naruszenie art. 93 ust. 3 Pzp. Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniami Zamawiającego, jakoby w ofercie Odwołującego dokonano błędnego obliczenia ceny oraz jakoby treść oferty Odwołującego była niezgodna ze SIWZ. Tym samym, Zamawiający w sposób bezprawny odrzucił ofertę Odwołującego, powołując się bezpodstawnie na art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp. Jeśli zdaniem Zamawiającego rzekomym błędem w obliczeniu ceny / rzekomą niezgodnością z SIWZ było podanie przez Odwołującego w ofercie, oprócz wymaganych przez Zamawiającego cen ryczałtowych brutto, również kwot netto oraz kwot podatku VAT, to w takim przypadku Zamawiający powinien potraktować wskazaną okoliczność jako omyłkę nie powodującą istotnych zmian w treści oferty i był zobligowany, na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, do poprawienia tej omyłki poprzez wykreślenie z treści oferty cen netto oraz kwot podatku VAT podanych przez Odwołującego. Tym samym, Zamawiający w sposób bezprawny nie zastosował się do bezwzględnie wiążącej dyspozycji normy prawnej, wyrażonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Konsekwencją powyższego, bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego było bezpodstawne przyjęcie, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu, a w efekcie - bezpodstawne dokonanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że w sprawie będącej przedmiotem niniejszego odwołania Zamawiający bezzasadnie zastosował art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący podniósł, że w dniu 10 czerwca 2015 r. złożył Zamawiającemu swoją ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będącym przedmiotem niniejszego odwołania. W ofercie Odwołujący podał, zgodnie z wymogiem określonym w sekcji 12 SIWZ, całkowitą ryczałtową cenę brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia (wyrażoną liczbowo i słownie) oraz wskazał ryczałtowe ceny brutto za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia (wyrażone liczbowo i słownie), tj. ryczałtową cenę brutto za wykonanie dokumentacji projektowej i kosztorysowej, ryczałtową cenę brutto za wykonanie robót budowlanych oraz ryczałtową cenę brutto za wykonanie tablicy informacyjnej. Dodatkowo, Odwołujący podał w Ofercie kwoty netto oraz kwoty podatku VAT składające się na każdą z ww. cen ryczałtowych brutto. Następnie, w dniu 24 czerwca 2015 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień. W wezwaniu Zamawiający stwierdził, że z wartości wskazanych przez Odwołującego w

3

ofercie kwot netto oraz kwot VAT wynika, iż przy kalkulacji ceny ryczałtowej brutto Odwołujący zastosował dwie różne stawki podatku VAT. Zamawiający nie mógł wywnioskować, jaki zakres zamówienia został objęty przez Odwołującego podstawową stawką VAT, a jaki obniżoną, ponadto nie był w stanie zweryfikować poprawności obliczenia poszczególnych wartości podatku VAT. W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, które elementy przedmiotu zamówienia zostały objęte

podstawową stawką VAT, a które obniżoną, oraz jakie wartości podatku VAT za poszczególne elementy objęte stawką podstawową oraz obniżoną zostały przyjęte przez Odwołującego do skalkulowania łącznej ceny ryczałtowej brutto, podanej w ofercie. W odpowiedzi na wezwanie, dnia 25 czerwca 2015 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu pismo, w którym przedstawił szczegółowo zakres zastosowania przez Odwołującego, przy kalkulacji łącznej ceny ryczałtowej brutto, stawki podstawowej 23% VAT oraz stawki obniżonej 8% VAT w podziale na poszczególne zadania będące przedmiotem zamówienia. Na podkreślenie zasługuje fakt, że treść wyjaśnień w żaden sposób nie zmieniła ani nie zmodyfikowała łącznych cen ryczałtowych brutto podanych wcześniej w ofercie - łączna cena ryczałtowa brutto podana w Wyjaśnieniach była dokładnie taka sama jak łączna cena ryczałtowa brutto wynikająca z oferty.

Argumentowano następnie, że w treści zawiadomienia Zamawiający stwierdził, że „przyjęcie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści jego oferty”. W dalszej części zawiadomienia Zamawiający stwierdził też, co następuje: „Wykonawca poprzez złożenie wyjaśnień rozszerzył treść swojej oferty (...) Stanowi to w sposób bezpośredni niedopuszczalną zmianę treści oferty Wykonawcy.” Powyższe stwierdzenia są dla Odwołującego nielogiczne i całkowicie niezrozumiałe. Jeśli bowiem zdaniem Zamawiającego przyjęcie Wyjaśnień złożonych przez Odwołującego prowadziłoby do rzekomej zmiany treści Oferty, to powstaje pytanie, po co w ogóle Zamawiający przestał do Odwołującego wezwanie do ich złożenia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, skoro z góry zakładał, że w ogóle nie będzie mógł ich przyjąć, gdyż stanowiłoby to „niedopuszczalną zmianę treści oferty”. W tym kontekście należy podkreślić, że treść wyjaśnień nie wpływa w żaden sposób na treść samej oferty - wyjaśnienia zawierają jedynie dodatkowe informacje związane z ofertą, stanowią odpowiedź na dodatkowe pytania zadane przez Zamawiającego już po złożeniu oferty i potwierdzają prawidłowość sposobu kalkulacji ceny ryczałtowej brutto przyjętego przez Odwołującego (w kontekście prawidłowości przyjętych stawek VAT).

Wyjaśnienia nie są też żadnym „uzupełnieniem treści oferty”, jak bezpodstawnie przyjął Zamawiający - jest to po prostu forma odpowiedzi na dodatkowe pytania zadane przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, przy czym odpowiedzi te nie wpływają w żaden sposób na samą treść oferty. Jednocześnie, wyjaśnienia nie skutkują koniecznością, czy też nawet potrzebą wprowadzenia jakichkolwiek zmian do treści oferty,

4

nie jest to też żadne „rozszerzenie treści oferty”, jak to niesłusznie stwierdził Zamawiający w zawiadomieniu. Jak bowiem wskazano wcześniej, łączna cena ryczałtowa brutto podana w wyjaśnieniach (w rozbiciu na jej składowe w postaci poszczególnych kwot netto i przypadających na nie kwot VAT w podziale na poszczególne stawki podatku) jest co do grosza zgodna z łączną ceną ryczałtową brutto podaną wcześniej w ofercie. Zgodnie zaś z treścią sekcji 12 SIWZ, w ramach przedmiotowego postępowania ocenie miała podlegać cena ryczałtowa brutto podana w ofercie. Tym samym, przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień nie skutkowało potrzebą wprowadzania jakichkolwiek zmian do treści oferty - podane pierwotnie w ofercie ceny ryczałtowe brutto, w świetle wyjaśnień pozostają, bowiem bez zmian. Celem wyjaśnień było wyłącznie wykazanie, że Odwołujący podczas kalkulacji ceny ryczałtowej brutto przyjął właściwe stawki VAT do poszczególnych prac składających się na zamówienie, i w tym zakresie Zamawiający w całości zaakceptował wyjaśnienia (na co wskazuje fakt, że w treści zawiadomienia Zamawiający potwierdził, iż dokonał oceny i badania oferty oraz wyjaśnień pod ww. kątem i jednocześnie nie stwierdził w żadnym miejscu w zawiadomieniu, jakoby zdaniem Zamawiającego Odwołujący zastosował niewłaściwe stawki VAT przy kalkulacji ceny ryczałtowej brutto). W powyższym kontekście Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2015 r. (sygn. akt. KIO 2670/14), w którym Izba stwierdziła, co następuje: „Zdaniem składu orzekającego Izby, nieuprawniona była także decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W tym zakresie Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji, poza przywołaniem orzecznictwa Sądu Najwyższego, kiedy mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny. Nie wskazał argumentów, które przemawiałyby za uznaniem, że w przedmiotowym postępowaniu możliwe było wystąpienie błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający nie udowodnił, że cena w ofercie Odwołującego obliczona jest w sposób nieprawidłowy, że zastosowano nieprawidłowe stawki, czy też w nieprawidłowy sposób przypisano stawki do poszczególnych powierzchni. Tylko w takim przypadku można mówić o możliwości wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. (...) Jeżeli

natomiast Zamawiający uważa, że informacje te są niezbędne z punktu widzenia przeprowadzenia weryfikacji ofert pod względem merytorycznym, to możliwe jest przecież zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i uzyskanie od wykonawców informacji o zastosowanych stawkach i kwocie podatku (rozbiciu całkowitej ceny brutto na jej poszczególne składniki). Samo skierowanie zapytania i uzyskanie przedmiotowych informacji nie będzie stanowiło negocjacji między Zamawiającym a wykonawcami, nie będzie również prowadziło do zmiany treści oferty, skoro wykonawca poruszał będzie się w obrębie informacji wynikających z formularza ofertowego, a informacje te zostaną jedynie uszczegółowione.”

5

Odwołujący podniósł także, że w końcowym fragmencie zawiadomienia Zamawiający arbitralnie stwierdził, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu ze względu na błędy w obliczeniu ceny, ponadto treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołującemu wskazał, iż trudno jest się jednoznacznie odnieść do powyższej tezy ze względu na fakt, że Zamawiający nie podał w zawiadomieniu żadnych argumentów na jej poparcie oraz nie przytoczył żadnych okoliczności faktycznych ani prawnych, które uzasadniałyby takie twierdzenie. W szczególności, Zamawiający nie wyjaśnił w żaden sposób, jakie to rzekome błędy w obliczeniu ceny popełnił Odwołujący i w jakim zakresie / w którym miejscu treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Takie zaniechanie ze strony Zamawiającego stanowi naruszenie art. 93 ust. 3 Ustawy PZP. Odwołujący podkreślił, że nie zgadza się z powyższą tezą Zamawiającego. Tym samym, Zamawiający w sposób bezprawny odrzucił ofertę Odwołującego, powołując się bezpodstawnie na art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Ustawy PZP. Odwołujący podał w ofercie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, całkowitą ryczałtową cenę brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia (wyrażoną liczbowo i słownie) oraz wskazał ryczałtowe ceny brutto za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia (wyrażone liczbowo i słownie). Ponadto, z treści wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na Zapytanie jasno wynika, że przy kalkulacji ww. cen ryczałtowych brutto Odwołujący zastosował prawidłowe stawki VAT (co zresztą nie było kwestionowane przez Zamawiającego w treści Zawiadomienia). Tym samym, odwołujący nie popełnił żadnych błędów w obliczeniu ceny. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, treść oferty nie jest również niezgodna w żaden sposób z treścią SIWZ.

Zamawiający nie wskazał w Zawiadomieniu, z jakim konkretnie punktem SIWZ oraz w jakim zakresie oferta miałyby być niezgodna z SIWZ. Należy przy tym zauważyć, że w punkcie 5 oferty znajdowało się następujące oświadczenie Odwołującego (zgodnie ze wzorem oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ): „Oświadczamy, że akceptujemy w całości wszystkie warunki zawarte w SIWZ i nie wnosimy do niej zastrzeżeń, zapoznaliśmy się z przedmiotem zamówienia oraz zdobyliśmy konieczne informacje do złożenia oferty, uznając je za wystarczającą podstawę do realizacji przedmiotu zamówienia.” Tym samym Odwołujący w treści samej oferty potwierdził, że zapoznał się z treścią SIWZ i akceptuje w całości wszystkie warunki w niej zawarte. Z całą pewnością za błąd w obliczeniu ceny / za niezgodność ze SIWZ nie może zostać również uznana wyłącznie okoliczność, że w ofercie Odwołującego, oprócz cen ryczałtowych brutto, podana została dodatkowa informacja na temat kwot netto oraz VAT składających się na ww. ceny ryczałtowe brutto. Oferta podlega bowiem odrzuceniu w przypadku, jeśli zamawiający wymaga w SIWZ konkretnego sposobu podania obliczonej ceny, zaś wykonawca tego żądania nie spełnia. W analizowanym przypadku nie mamy jednak do czynienia z taką sytuacją - Odwołujący zamieścił bowiem w ofercie wszystkie informacje wymagane przez Zamawiającego, ewentualna różnica dotyczy

6

jedynie formy zorganizowania danych (tj. podania w treści oferty dodatkowych informacji, nie wskazanych przez Zamawiającego jako obowiązkowe).

W kontekście zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 3 Pzp Odwołujący dodatkowo zwrócił uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2015 r. (Sygn. akt: KIO 911/15), w którym Izba stwierdziła, co następuje: „Podnieść należy, że informacja o odrzuceniu oferty, jako suwerenna decyzja zamawiającego wywołuje określone skutki prawne, mające wpływ na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność zamawiającego w postępowaniu musi być oparta o ściśle określone,

ustalone okoliczności faktyczne, do których to okoliczności musi zostać dopasowana określona przesłanka prawna, przepis prawa. Zamawiający informując wykonawców o odrzuceniu ich oferty zobligowany jest do takiego „wyłożenia” podstaw zastosowania określonych przepisów, które w sposób jednolity i bezpośredni, będą identyfikowały błąd ofertowy wykonawcy. Takie stanowisko zamawiającego podlega bowiem kontroli wykonawcy, którego oferta została odrzucona, jak i na dalszym etapie przez Krajową Izbę Odwoławczą i Sąd Okręgowy. Przez prawidłowe i całościowe odniesienie się do stwierdzonych błędów ofertowych daje zamawiającemu bowiem szansę na uznanie takiej argumentacji przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona, jak i pozwala takiemu wykonawcy na ewentualne odniesienie się do wskazanej w informacji argumentacji, co może nawet prowadzić do jej uznania przez zamawiającego. Zaniechanie podania pełnych podstaw prawnych i faktycznych odrzucenia oferty uniemożliwia wykonawcy odniesienia się do stanowiska zamawiającego, gdyż de facto wykonawca nie zna pełnych intencji zamawiającego, a przez co nie może ustalić czy są one prawidłowe, co z kolei, w przypadku podjęcia decyzji o wniesieniu odwołania, wywołuje skutek w postaci stawiania zarzutów zamawiającemu niejako na wyrost. Takie działanie zamawiającego nie jest prawidłowe („..”).

W odniesieniu do zaniechania obowiązku dokonania przez Zamawiającego poprawki w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Odwołujący wskazał, że bazując na treści zawiadomienia Odwołujący może się jedynie domyślać, że być może zdaniem Zamawiającego rzekomym błędem w obliczeniu ceny oraz jednocześnie rzekomą niezgodnością z SIWZ było podanie przez Odwołującego w ofercie, oprócz wymaganych przez Zamawiającego cen ryczałtowych brutto, również kwot netto oraz kwot podatku VAT wchodzących w skład ww. cen ryczałtowych brutto. Jeśli powyższe domniemanie Odwołującego jest słuszne, i rzeczywiście Zamawiający doszedł do takiego (zdaniem Odwołującego - błędnego) wniosku, to w takim przypadku Zamawiający powinien potraktować wskazaną okoliczność jako omyłkę nie powodującą istotnych zmian w treści oferty i był zobligowany, na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, do poprawienia tej omyłki poprzez wykreślenie z treści oferty cen netto oraz kwot podatku VAT podanych przez Odwołującego. Mając bowiem na względzie, że zgodnie z treścią SIWZ wykonawca miał określić w ofercie

7

ceny ryczałtowe brutto (co Odwołujący uczynił), to podanie w Ofercie dodatkowej informacji w postaci kwot netto i VAT nie może być potraktowane inaczej niż „inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty” o której mówi art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący zauważył także, że zgodnie ze SIWZ ocenie Zamawiającego podlegały ryczałtowe ceny brutto podane przez Odwołującego za realizację przedmiotu zamówienia, stąd wykreślenie w ofercie kwot netto i VAT, przy pozostawieniu bez zmian ryczałtowych cen brutto, niewątpliwie nie może być traktowane inaczej jak dokonanie poprawki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Jednocześnie należy podkreślić, że norma prawna wyrażona w 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ma charakter *ius cogens*, to znaczy jest to norma bezwzględnie wiążąca, której zastosowanie nie może być wyłączone ani ograniczone wolą Zamawiającego. Zgodnie bowiem ze wskazanym przepisem: „Zamawiający poprawia w ofercie (...)”, co oznacza, że w przypadkach określonych we wskazanym przepisie Zamawiający ma obowiązek zachowania się w określony sposób, przewidziany w analizowanym artykule ustawy Pzp. Zamawiający zinterpretował powyższą regulację w sposób nieprawidłowy, co znalazło wyraz w następującym fragmencie zawiadomienia: „Zamawiający zbadał również występowanie przesłanek do zastosowania art. 87 ust. 2 Pzp, jednakże nie znalazł podstaw do dokonania poprawek oferty Wykonawcy, gdyż zmiana treści oferty jest zmianą istotną, nie może więc być mowy o omyłce”. W tym kontekście należy wskazać, że jeśli rzeczywiście, zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego, „zmiana treści oferty jest zmianą istotną”, to norma prawna wyrażona w analizowanym art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp byłaby normą pustą, która nigdy nie mogłaby znaleźć zastosowania. Nie ulega zaś wątpliwości, że tak nie jest. Tym samym, w ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że jeśli Zamawiający rzeczywiście przyjął, iż podanie w Ofercie dodatkowej informacji na temat kwot netto oraz VAT jest niezgodne z treścią SIWZ, to w takiej sytuacji Zamawiający w sposób bezprawny nie zastosował się do bezwzględnie wiążącej dyspozycji normy prawnej, wyrażonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Końcowo Odwołujący wskazał, że konsekwencją powyższego, bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego było bezpodstawne przyjęcie, że w

postępowaniu nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu, a w efekcie - bezpodstawne dokonanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że w sprawie będącej przedmiotem niniejszego odwołania Zamawiający swoim działaniem naruszył art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez bezzasadnie unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

Podsumowując powyższe rozważania, zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że jego oferta nie zawiera żadnych błędów w obliczeniu ceny i jednocześnie treść oferty nie jest w żadnym miejscu niezgodna z treścią SIWZ.

8

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wskazał, że w niniejszym postępowaniu termin składania ofert został ustalony na dzień 10 czerwca 2015 r., termin związania ofertą ustalony został na okres 30 dni, a zatem zgodnie z zasadą obliczania terminu związania ofertą wynikającą z ustawy Pzp termin związania ofertą wykonawców upłynął w dniu 9 lipca 2015 r. Zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w dniu 6 lipca 2015 r., czyli z zachowaniem ustawowego terminu umożliwiającego przedłużenie terminu związania ofertą, jednakże w związku z unieważnieniem postępowania Zamawiający nie miał podstaw do występowania do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Wraz z unieważnieniem postępowania Zamawiający zwrócił wadium wykonawcom. Zamawiający wskazał następnie, że Odwołujący wniósł odwołanie dnia 10 lipca 2015 r., czyli już po upływie terminu związania ofertą, jednakże Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą, nie wniósł też nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Podkreślono, że w związku z unieważnieniem postępowania to na Odwołującym ciążył obowiązek samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą i wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Odwołujący uchybił zaś tym czynnościom, dlatego też jego oferta podobnie, jak oferta drugiego wykonawcy, który również nie przedłużył terminu związania ofertą straciła ważność, nie może być rozpatrywana w charakterze oferty, która nadal podlegałaby ocenie na zasadach określonych w ustawie Pzp. Ponadto, Zamawiający wskazał, że Odwołujący utracił status wykonawcy. Podniesiono także, że niezależnie od orzeczenia Izby dalsze rozpatrywanie oferty Odwołującego jest niemożliwe. W przypadku, gdyby Izba nawet przyznała rację Odwołującemu i zgodnie z jego żądaniem nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności, Zamawiający i tak nie miał by podstaw do ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, gdyż oferta jest nie ważna, z powodu upływu terminu związania ofertą oraz braku zabezpieczenia oferty wadium. Argumentowano także, że z chwilą wniesienia odwołania nie doszło do zawieszenia biegu terminu związania ofertą, gdyż odwołanie zostało wniesione po jego upływie. Końcowo, podkreślono, że w sprawie zaistniała sytuacja, w którym pomimo ewentualnego uznania zasadności argumentacji Odwołującego, Zamawiający i tak nie mógłby ponownie ocenić przywróconej oferty i zmuszony byłby do unieważnienia postępowania.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W sekcji 11 pkt 1 ppkt 2 SIWZ, Zamawiający określił, że termin składania ofert upływa w dniu 10 czerwca 2015 r., o godz. 9:00.

9

W sekcji 12 SIWZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca określi cenę oferty brutto w oparciu o zapisy SIWZ, wzoru umowy, programu funkcjonalno-użytkowego oraz wizję lokalną w terenie, podając ją w zapisie liczbowym i słownie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Zastrzeżono, że cena jest ceną ryczałtową i musi uwzględniać wszelkie koszty związane z prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia, jak również to, że prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT należy do obowiązku wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym.

Jako kryteria oceny ofert Zamawiający wskazał: kryterium ceny z wagą 97 pkt, oraz kryterium okresu gwarancji jakości z wagą 3 pkt (sekcja 13 SIWZ).

Odwołujący złożył ofertę, w której podał cenę brutto: 497.250,00 zł oraz oferowany okres gwarancji 7 lat.

W drugiej ofercie złożonej w postępowaniu oferent podał cenę brutto: 454.680,00 zł oraz oferowany okres gwarancji 7 lat.

Odwołujący w złożonej ofercie wyszczególnił – w ramach ogólnej ceny brutto – ceny netto wraz z podatkiem VAT, za poszczególne działania, tj.: wykonanie dokumentacji projektowej i kosztorysowej: netto 6000 zł + należny podatek VAT 8 i 23% w kwocie 630 zł, tj. brutto 6300 zł, wykonanie robót budowlanych na podstawie sporządzonej dokumentacji projektowej i kosztorysowej: netto 443.000 zł + należny podatek VAT 8 i 23% w kwocie 46.390 zł, tj. brutto 489.390 zł, wykonanie tablicy informacyjnej: netto 1000 zł + należny podatek VAT 23% w kwocie 230 zł, tj. brutto 1230 zł.

Pismem z dnia 24 czerwca 2015 r., Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty wskazując, że wykonawca oprócz wymaganych przez Zamawiającego cen ryczałtowych brutto podał również ceny netto oraz wysokość i wartość podatku VAT, ponadto zastosował dwie różne stawki podatku VAT. Wskazano, że z oferty sporządzonej w ten sposób Zamawiający nie może wywnioskować, jaki zakres zamówienia został objęty podstawową stawką podatku VAT, a jaki zakres stawką obniżoną, ponadto nie jest możliwe zweryfikowanie poprawności obliczenia poszczególnych wartości podatku VAT. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, które elementy przedmiotu zamówienia zostały objęte stawką podstawową, które stawką obniżoną oraz jakie wartości podatku VAT za poszczególne elementy objęte stawką podstawową oraz obniżoną zostały przyjęte przez wykonawcę do skalkulowania ceny ofertowej brutto.

W wyjaśnieniach z dnia 25 czerwca 2015 r., Odwołujący podał, że kalkulacja oferowanej ceny brutto i netto przedstawia się następująco: 1) Elementy oferty objęte obniżoną stawką podatku VAT 8% - roboty wykonywane wewnątrz budynków (projekt instalacji wewnętrznych, roboty instalacyjne z kotłownią); 2) Elementy oferty objęte podstawową stawką podatku VAT 23% - roboty wykonane na zewnątrz budynków (projekt

10

zewewnętrznych sieci ciepłych, wykonanie sieci ciepłych, zamontowanie tablic informacyjnych).

Pismem z dnia 6 lipca 2015 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowaniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz o odrzuceniu obu ofert złożonych w postępowaniu.

W odniesieniu do oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że w SIWZ wymagał określenia ceny całkowitej brutto oraz ceny brutto za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia. Wykonawca tym czasem w swojej ofercie wskazał w powyższym zakresie ceny netto oraz wysokość i wartość podatku VAT. Wobec tak sporządzonej oferty Zamawiający zobowiązany był do oceny i badania oferty również pod kątem zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT przy obliczeniu ceny ofertowej. Wykonawca przy obliczaniu ceny zastosował 2 różne stawki podatku VAT dla poszczególnych elementów zamówienia. Ze sposobu, w jaki wykonawca sporządził ofertę Zamawiający nie mógł wywnioskować jaki zakres zamówienia został objęty podstawową stawką podatku VAT, a jaki zakres stawką obniżoną, ponadto Zamawiający nie mógł zweryfikować poprawności obliczenia poszczególnych wartości podatku VAT. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 24 czerwca 2015 r. zwrócił się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień. W odpowiedzi wykonawca złożył wyjaśnienia, w których wskazał elementy zamówienia, dla których zastosował stawkę podstawową, elementy dla których zastosował stawkę obniżoną oraz wskazał poszczególne wartości podatku VAT obliczone według stawki podstawowej i obniżonej. W toku dalszego badania i oceny oferty wykonawcy Zamawiający stwierdził, że przyjęcie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Wykonawca nie zastosował się do wytycznych w zakresie przygotowania oferty zawartych w SIWZ oraz we wzorze formularza oferty. Zamawiający wymagał wskazania cen ryczałtowych brutto tym czasem, wykonawca zawarł w swojej ofercie dodatkowe elementy nie wymagane przez Zamawiającego w postaci wskazania w ofercie cen netto, dwóch stawek podatku VAT, wartość podatku VAT bez określenia w oparciu o jaką stawkę podatku wartość ta została obliczona, ponadto decydując się na wskazanie w ofercie dwóch różnych stawek podatku VAT wykonawca nie określił, jakiego zakresu zamówienia one dotyczą. Zamawiający we własnym zakresie nie mógł więc zbadać i określić poprawności wyliczeń wartości podatku VAT, oraz nie mógł określić zasadności zastosowania stawki podstawowej i obniżonej. Było

to możliwe dopiero po uzupełnieniu treści oferty w drodze wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Wykonawca poprzez złożenie wyjaśnień rozszerzył treść swojej oferty o elementy przedmiotu zamówienia objęte różnymi stawkami podatku VAT oraz o wskazanie dwóch różnych wartości podatku VAT obliczonych według stawki podstawowej i obniżonej w miejsce wskazanej w ofercie jednej wartości podatku VAT. Stanowi to w sposób bezpośredni niedopuszczalną zmianę treści oferty wykonawcy. Wskazano, że Zamawiający zbadał także

11

występowanie przesłanek do zastosowania art. 87 ust. 2 Pzp, jednakże nie znalazł podstaw do dokonania poprawek oferty wykonawcy, gdyż zmiana treści oferty jest zmianą istotną, nie może być więc mowy o omyłce. Wobec powyższego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, Zamawiający postanowił odrzucić ofertę wykonawcy, gdyż zawiera błędy w obliczeniu ceny ponadto treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty drugiego wykonawcy, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, Zamawiający wskazał z kolei m.in., że obniżona stawka podatku VAT znajduje zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do robót wykonywanych w obiektach mieszkalnych, podczas gdy roboty wykonywane poza bryłą budynku podlegają opodatkowaniu stawką podstawową. Wykonawca przy obliczeniu oferowanej ceny zobowiązany był do zastosowania podstawowej stawki podatku VAT dla prac polegających na wymianie instalacji między budynkowych c.o. i c.w.u. łączących poszczególne budynki CWR. Oferta wykonawcy zawierała jedną obniżoną 8% stawkę podatku VAT, nie uwzględniała konieczności zastosowania przy obliczeniu ceny ofertowej podstawowej stawki podatku VAT 23%.

W sekcji 9 SIWZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca jest związany ofertą przez okres 30 dni. Termin związania ofertą przez Odwołującego upłynął w dniu 9 lipca 2015 r. Odwołujący nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Podstawą rozstrzygnięcia Izby jest brak wystąpienia po stronie Odwołującego przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Z normy prawnej zawartej w tym przepisie wynika, że dla uznania legitymacji materialnej Odwołującego do skorzystania z środków ochrony prawnej muszą zaistnieć kumulatywnie dwie przesłanki. O wyniku postępowania odwoławczego musiała przesądzić kwestia dotycząca braku przedłużenia terminu związania ofertą, a w konsekwencji fakt, że termin związania ofertą upłynął i już wygasł. Okoliczność ta musiała tym samym skutkować uznaniem argumentacji Zamawiającego o braku spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp.

Ustalony w sprawie stan faktyczny nakazywał uznanie, że termin związania ofertą upłynął w dniu 9 lipca 2015 r. W sekcji 9 SIWZ, określono, że wykonawca jest związany ofertą przez okres 30 dni. Licząc bieg terminu, zgodnie z normą zawartą w art. 85 ust. 5 Pzp,

12

zgodnie z którym bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, 30-sto dniowy termin związania ofertą upływał właśnie w dniu 9 lipca 2015 r. – skoro termin składania ofert upływał w dniu 10 czerwca 2015 r., o godz. 9:00 Należy wskazać, że liczenie terminu biegu związania ofertą jest uregulowane odmiennie od regulacji Kodeksu cywilnego w art. 111 § 2, w zakresie początku biegu terminu, ponieważ art. 85 ust. 5 Pzp nakazuje rozpocząć liczenie biegu terminu wraz z upływem terminu składania ofert, a nie od dnia następnego po terminie składania ofert (por. przykładowo: wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 618/15, KIO 625/15). Pojęcie „termin” służy do określenia czasu, z którego upływem mogą łączyć się określone skutki prawne. Określenie „termin” służy m.in. określeniu konkretnego punktu czasowego (por. Komentarz do art. 110 Kc, Andrzej Janiak, Lex/el). W niniejszej sprawie ten konkretny punkt czasowy zaistniał w dniu 10 czerwca 2015 r., o godz. 9:00, i z tą też chwilą upłynął termin składania ofert, a bieg

rozpoczął 30-sto dniowy termin związania ofertą. Trzydzieści dni upływało w tych okolicznościach w dniu 9 lipca 2015 r. Odwołanie zostało natomiast wniesione w dniu 10 lipca 2015 r. i jest to okoliczność istotna z tego względu, że nie nastąpiło zawieszenie biegu terminu związania ofertą. Zgodnie bowiem z art. 182 ust. 6 Pzp, w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. W realiach tej sprawy wniesienie odwołania nie mogło powodować zawieszenia biegu terminu, a tym samym nie chroniło wykonawcy przed skutkami upływu terminu związania ofertą, gdyż termin ten na moment wniesienia odwołania już „nie biegł”, gdyż zakończył się w dniu 9 lipca 2015 r. Wykonawca nie przedłużył także z własnej inicjatywy terminu związania ofertą, a tym samym stan rzeczy ustalony w toku postępowania był taki, że termin związania ofertą już upłynął i wygasł.

Powyższe ma decydujące znaczenie dla oceny ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, a tym samym dla oceny zasadności wniesionego odwołania.

Skład Izby orzekający w niniejszej sprawie podziela stanowisko, zgodnie z którym wykonawca - nie będąc związany ofertą w dacie złożenia środka ochrony prawnej nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. wskazywanych w odwołaniu. W następstwie uwzględnienia odwołania i dokonania - zgodnie z jego żądaniami - powtórnej oceny ofert zamawiający nie będzie miał możliwości wyboru oferty odwołującego i zawarcia z nim niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia. Zamawiający nie ma możliwości wyboru oferty, którą wykonawca nie jest już związany. Odnosi się to zarówno do przypadku, gdy na wniosek zamawiającego wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, jak również, gdy nie skorzystał z możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą (podobnie także: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2014 r., sygn. akt KIO 1737/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1669/14; wyrok

13

Sądu Okręgowego w Tarnowie w sprawie o sygn. akt I Ca 495/13). Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi w dacie związania ofertą. Upływ terminu związania ofertą powoduje jej wygaśnięcie, wobec czego nie sposób w takiej sytuacji mówić w ogóle o ofercie, jako wiążącym oferenta oświadczeniu woli o gotowości do zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach. Należy mieć na względzie także ten skutek, że dopuszczenie do oceny ofert wykonawców, którzy nie są już nimi związani, jak i tych, którzy są nimi związani nie tylko sankcjonowałoby ich nierówne traktowanie, ale również doprowadziłoby w efekcie do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawcy, którego ofertę - pomimo wygaśnięcia terminu związania - wybrano. Taki wykonawca mógłby, bez ujemnych konsekwencji, odmówić zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przeciwieństwie do wykonawcy, którego ofertę wybrano przed upływem ww. terminu. Celu odwołania należy upatrywać w poprawieniu sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia podmiotu, który z tego środka korzysta. Efekt nie zostałby osiągnięty w przypadku braku możliwości wyboru oferty odwołującego z uwagi na upływ terminu związania ofertą. W konsekwencji nie zostałaby również spełniona przesłanka dotycząca szkody, bowiem wykonawca, który nie może uzyskać zamówienia nie może tym samym ponieść uszczerbku majątkowego (por. wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1669/14; wyrok KIO z dnia 31 marca 2015 r., sygn. akt KIO 520/15).

Należy wskazać, że zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp 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 tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Zasadnie argumentował Zamawiający, że skoro unieważnił postępowanie to nie miał podstaw do wzywania oferenta do przedłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący natomiast, kwestionując czynność unieważnienia postępowania, winien był zadbać o utrzymanie związania ofertą. Na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym zobowiązanym do działania z należytą starannością ciąży podejmowanie działań zmierzających do utrzymania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca wprowadził bowiem dla wykonawców możliwość samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą. Od wykonawcy - będącego profesjonalnym podmiotem uczestniczącym w obrocie gospodarczym - wymagana jest szczególnie staranność przejawiająca się również w znajomości przepisów p.z.p. i we właściwym ich stosowaniu. Skoro wykonawca nie został wezwany do przedłużenia terminu związania ofertą, mógł i

powinien takiej czynności dokonać samodzielnie (por. wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt 140/15). Jest to szczególnie widoczne w niniejszej sprawie, gdzie wykonawca nie miał nawet podstaw, by oczekiwać takiego wezwania od Zamawiającego, skoro Zamawiający unieważnił postępowanie.

14

Przywołać należy w tym miejscu także uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171 poz. 1058). W uzasadnieniu projektu w zakresie zmiany przepisu art. 85 ust. 2 Pzp wskazano, że: „Przyznanie wykonawcy uprawnienia do samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą umożliwi zawarcie ważnej umowy w postępowaniach, w których zamawiający nie zwraca się do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą.” Z powyższego można wywieść, że konieczność istnienia stanu związania ofertą została dostrzeżona przez ustawodawcę i jest to okoliczność, która ma istotne znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie składu orzekającego Izby instytucja związania ofertą nie powinna być bagatelizowana i nie sposób uznać, że nie ważne, że wykonawca nie jest związany ofertą, i że nie wpływa to na jego sytuację w postępowaniu, w tym na obowiązek ponownego badania takiej oferty lub jej ewentualny wybór. Tego rodzaju założenie w istocie prowadziłoby do podważenia instytucji terminu związania ofertą, która przewiduje m.in. 85 Pzp. Biorąc pod uwagę wykładnię systemową oraz zasadę racjonalnego ustawodawcy nie sposób uznać, że istnienie tej instytucji nie wywołuje żadnych skutków prawnych (por. wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 140/15). Przeciwnie, ustawodawca nadał okoliczności związania ofertą znaczenie prawne, skoro wprowadził regulacje dotyczące terminu związania ofertą, możliwości jego przedłużania, czy sposobu liczenia biegu terminu (art. 85 Pzp). W tym aspekcie związanie oferty należy postrzegać, jako element konstruktywny oferty. Nie jest zatem możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, której termin związania upłynął (por. przykładowo ww. wyrok KIO 140/15; wyrok KIO z dnia 18 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 217/15 wraz z powołanym tam orzecnictwem sądów okręgowych).

W tym stanie rzeczy, skoro wybór oferty Odwołującego stał się niemożliwy z uwagi na nie przedłużenie przez wykonawcę terminu związania oferty, połączonego przy tym z wniesieniem nowego wadium (wcześniejsze zostało bowiem zwrócone) to wykonawca ten nie mógł ponieść szkody wskutek działań Zamawiającego, a tym samym nie zostały spełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp. Na marginesie warto także wskazać, iż w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 16 kwietnia 2015 r., sygn. akt XIX Ga 151/15, wyrażono stanowisko, że przedłużenie terminu związania ofertą jest zawsze decyzją wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego bez względu na to, czy przedłużenie takie następuje na wniosek zamawiającego, czy też samodzielnie dokonuje tego wnioskodawca. Jednak bez względu na to z czyjej inicjatywy zostanie przedłużony termin warunkiem koniecznym jest także przedłużenie ważności wadium lub wniesienie nowego wadium. W niniejszej sprawie wykonawca nie tylko nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, ale także nie złożył nowego wadium. W takiej sytuacji, jak wskazał sąd w uzasadnieniu powołanego orzeczenia, aktualizuje się

15

nakaz wykluczenia wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. To także podważało istnienie interesu po stronie Odwołującego, skoro mógłby on zostać wykluczony, nawet w sytuacji przywrócenia jego oferty do postępowania. Krytyczne spojrzenie na zaistnienie przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp, w postaci możliwości poniesienia szkody, nakazywały także argumenty podniesione przez Zamawiającego, iż działając zgodnie z twierdzeniami i postulatami Odwołującego, który wskazywał, że fakt podania – oprócz wymaganych przez Zamawiającego cen ryczałtowych brutto – również kwot netto oraz kwot podatku VAT, Zamawiający powinien potraktować jako omyłkę nie powodującą istotnych zmian w treści oferty i na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, powinien poprawić to poprzez wykreślenie z treści oferty cen netto oraz kwot podatku VAT, Zamawiający – w myśl art. 7 ust. 1 Pzp – musiałby tożsame stanowisko zająć wobec oferty drugiego wykonawcy, która przy takim samym okresie gwarancji ofertowała cenę niższą, a więc oferta drugiego wykonawcy byłaby ofertą korzystniejszą.

Stwierdzenie, że Odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia środka ochrony

prawnej prowadzi do oddalenia odwołania bez konieczności merytorycznego rozpatrywania zarzutów podniesionych w odwołaniu (przykładowo: wyrok KIO z dnia 3 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1231/14). Z uwagi na niespełnienie wstępnego warunku dla oceny ewentualnej skuteczności odwołania, a więc nie zaistnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, rzeczowe argumenty Odwołującego odnoszące się do czynności Zamawiającego, nie mogły mieć jednak ostatecznie przesądzającego znaczenia dla kierunku wydanego rozstrzygnięcia.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego – na podstawie faktur złożonych do akt sprawy – zwrot kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz z tytułu dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a) i b) 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 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: