**Sygn. akt: KIO 1593/16**

**WYROK**
**z dnia 12 września 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzeszewski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2016 r. przez Odwołującego: Net Marine - Marine Power Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kotwiczna 13, 70-673 Szczecin w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Komendę Portu Wojennego w Świnoujściu, ul. Steyera 28, 72-600 Świnoujście

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu i odrzucenia jego oferty oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Komendę Portu Wojennego w Świnoujściu, ul. Steyera 28, 72-600 Świnoujście i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Net Marine - Marine Power Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kotwiczna 13, 70-673 Szczecin tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego: Komendy Portu Wojennego w Świnoujściu, ul. Steyera 28, 72-600 Świnoujście na rzecz Odwołującego: Net Marine - Marine Power Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kotwiczna 13, 70-673 Szczecin kwotę 19 439, 43 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta trzydzieści dziewięć złotych czterdzieści trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów noclegu i dojazdu na rozprawę. 1

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

**Przewodniczący:……...**



---

**Sygn. akt: KIO 1593/16**

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Komenda Portu Wojennego w Świnoujściu, ul. Steyera 28, 72-600 Świnoujście wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą „Naprawa główna i dokowa OTrM 824”.

Przedmiotowe zamówienie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2015 r. pod numerem ogłoszenia o zamówieniu: 2015/S 249-455906.

W postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:
1. Gdańska Stocznia „REMONTOWA” im. J. Piłsudskiego S.A.,
2. Stocznia Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej,
3. Stocznia Remontowa „NAUTA" S.A.
4. Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o.

Pismem z dnia 26 lipca 2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, oraz o odrzuceniu ofert złożonych przez wszystkich wykonawców w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Od powyższych czynności Zamawiającego Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o. wniósł odwołanie w dniu 5 sierpnia 2016 r. Odwołanie było rozpatrywane pod sygn. akt: KIO 1452/16. Do postępowania po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden Wykonawca. Żaden Wykonawca poza Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o. nie złożył odwołania od czynności odrzucenia jego oferty.

W dniu 12 sierpnia 2016 r. Zamawiający zawiadomił Krajową Izbę Odwoławczą o uwzględnieniu odwołania w całości. O uwzględnieniu odwołania Zamawiający zawiadomił także Odwołującego w dniu 16 sierpnia 2016 r. przesyłając informację bezpośrednio Odwołującemu.

W dniu 16 sierpnia 2013 r. o godzinie 13:39 pełnomocnik Odwołującego otrzymał także, za pośrednictwem faksu, informację o zniesieniu terminu posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej w wyniku uwzględnienia odwołania, a o godzinie 15.00 informację telefoniczną o treści postanowienia w przedmiocie umorzenia postępowania. Postanowienie zostało



doręczone pełnomocnikowi w dniu 22 sierpnia 2016 r. za pośrednictwem poczty.

W dniu 16 sierpnia 2016 r. Odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o dalsze 60 dni, natomiast w dniu 17 sierpnia 2016 r. Odwołujący wniósł nowe wadium w formie gwarancji bankowej.

Pismem z dnia 17 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o poprawieniu omyłek pisarskich i rachunkowych.

W dniu 19 sierpnia 2016 r. Odwołujący: Net Marine - Marine Power Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kotwiczna 13, 70-673 Szczecin otrzymał zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty i wykluczeniu go z przedmiotowego przetargu za pośrednictwem faksu.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 26 sierpnia 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przejawiające się w odrzuceniu oferty Odwołującego na skutek bezzasadnego przyjęcia, iż jego oferta nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
2. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie poprawienie omyłki rachunkowej występującej w ofercie Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o.,
3. art. 87 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie poprawienie innej omyłki występującej w ofercie Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o.,
4. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie wezwanie Odwołującego do wyjaśnień treści oferty,
5. art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niewykonanie czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o.,
2. unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o. z postępowania,
3. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty

złożonej przez Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o., po ewentualnym poprawieniu 4

---

omyłek rachunkowych oraz innych omyłek w ofercie złożonej przez Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o.,

4. wyboru oferty złożonej przez Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający niesłusznie wykluczył go z postępowania z uwagi na fakt nieprzedłużenia terminu związania ofertą.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że samo nieprzedłużenie terminu związania ofertą nie stanowi przesłanek wykluczenia Wykonawcy, bowiem przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp powinien, jako wyjątek od zasady nakazującej Zamawiającemu wybór najkorzystniejszej ważnej oferty, być interpretowany ściśle. Przepis ten pozwala na wykluczenie wykonawcy, który nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą. W przedmiotowym przypadku taka okoliczność nie nastąpiła, albowiem Zamawiający nie zwracał się do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą, a tym samym Odwołujący nie mógł wyrazić, bądź nie wyrazić zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Odwołujący zauważył także, że to on sam przedłużył termin związania ofertą i dokonał tej czynności w pierwszym możliwym momencie, w którym dowiedział się o unieważnieniu przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania i odrzuceniu jego oferty - w dniu w którym otrzymał informację od Zamawiającego dotyczącą uwzględnienia odwołania.

Według Odwołującego dopiero w tym momencie, bowiem Odwołujący dowiedział się o swoim dalszym udziale w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, przedłużenie terminu związania ofertą Odwołujący potraktował za skuteczne.

Wskazał na okoliczność, że w okresie od 26 lipca 2016 r., wskutek unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, brak było podstaw do przedłużenia terminu związania ofertą, a niezależnie od powyższego, od dnia 5 sierpnia 2016 r. bieg terminu związania, ofertą uległ zawieszeniu, ze względu na wniesienie odwołania.

Zaznaczył również, że postanowienie o umorzeniu postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą zostało doręczone Odwołującemu w dniu 22 sierpnia 2016 r. i faktycznie dopiero w tym momencie miał on pewność, że dalej biegnie termin związania ofertą. 5

---

W ocenie Odwołującego rolą Zamawiającego było zwrócenie się do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą, czego Zamawiający nigdy nie uczynił. Odwołujący sam, niezwłocznie po powzięciu informacji o uwzględnieniu odwołania dokonał tej czynności sam, czego skutkiem było wykluczenie go z postępowania.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał wykluczenia go z przetargu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, także z uwagi na niewniesienie wadium.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający, w związku z unieważnieniem postępowania w dniu 5 sierpnia 2016 r. dokonał zwrotu wadium Wykonawcy wniesionego w formie gwarancji bankowej.

Odwołujący podniósł przy tym, że termin wniesienia wadium nie upłynął, a tym samym brak było konieczności jego wniesienia.

Odwołujący stwierdził, że w pierwszym możliwym terminie - w dniu 17 sierpnia 2016 r. w godzinach porannych, z własnej inicjatywy i wyprzedzając żądanie Zamawiającego w tym zakresie, wniósł nowe wadium na przedłużony termin związania ofertą.

Podkreślił przy tym, że zgodnie z przepisem art. 46 ust. 3 ustawy Pzp termin

wniesienia wadium nie nastąpił - przepis ten nakazuje wniesienie wadium - przez wykonawcę którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w wyniku rozstrzygnięcia odwołania, w terminie określonym przez Zamawiającego.

Wskazał, że Zamawiający, po uwzględnieniu odwołania nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym nie ukonstytuował się obowiązek wskazany w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp.

Wyjaśnił, że jedynie z ostrożności Odwołujący z własnej inicjatywy, przed dokonaniem wyboru oferty dokonał wniesienia wadium, co zostało uznane przez Zamawiającego za dokonane z przekroczeniem terminu.

Zarzucił, że Zamawiający dokonując oceny terminu wniesienia wadium przez Odwołującego, zupełnie pominął regulację przepisu art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi lex specialis w stosunku do przepisu art. 85 ust. 4 i stanowi wyjątek od zasady zabezpieczenia oferty wadium przez cały okres trwania postępowania.

Odwołujący stwierdził, że nie zaistniały przesłanki do żądania wniesienia wadium 6

---

przez Wykonawcę, a tym samym wykluczenie Odwołującego z postępowania było nieuprawnione.

Odwołujący nie podzielił również stanowiska Zamawiającego dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z tego powodu, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Wskazał również, że Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego w dniu 19 sierpnia 2016 r. powielił w znacznej części argumentację wskazaną w odrzuceniu oferty z dnia 26 lipca 2016 r., a tym samym Odwołujący także częściowe powielił argumentację wskazaną w odwołaniu złożonym w dniu 5 sierpnia 2016 r.

Odwołujący powołał się na fakt, że z przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego wykonania, powtórzenia lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zauważył, że w przedmiotowym przypadku Zamawiający, pomimo uwzględnienia odwołania w całości, dokonał wykonał czynności żądane w odwołaniu jedynie w części.
Zaznaczył, że w odwołaniu złożonym w dniu 5 sierpnia 2016 r. Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o. żądał:
1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania prowadzonego przez Komendę Portu Wojennego w Świnoujściu, na „Naprawę główną i dokową OTrM 824”
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Net - Marine - Marine Power Service sp. z o.o.
3. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o., po ewentualnym poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie złożonej przez Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o.
4. wyboru oferty złożonej przez Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Zwrócił również uwagę, że Zamawiający nie dokonał czynności wskazanej W pkt 4 odwołania to jest wyboru oferty złożonej przez Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Odnośnie odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący przyznał, że jego oferta obarczona była wadami — omyłkami rachunkowymi i innymi omyłkami.



---

Analizując treść oferty nie ulega wątpliwości Odwołującego, że zakres świadczenia zaoferowany przez Wykonawcę, ściśle odpowiadał wymaganiom Zamawiającego.

Wskazał, że omyłki te były usuwalne i w żaden sposób nie powinny były skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego.

W zakresie błędów w załączniku nr 13 podniósł, że w odwołaniu złożonym w dniu 5 sierpnia 2016 r. Odwołujący wskazał, w jaki sposób mogą zostać poprawione omyłki rachunkowe:

„Załącznik nr 13 natomiast mógł zostać poprawiony przez Zamawiającego poprzez przepisanie do niego danych z załącznika hr 14:

a) koszt robocizny bezpośredniej wynika wprost z załącznika nr 14

b) koszt materiałów wynika wprost z załącznika nr 14

c) koszt zakupu obliczany jest na podstawie kosztów materiałów i wynika z poz. 2 załącznika nr 13

d) ogólna cena zbytu netto i ogólna wartość brutto wynikają z załącznika nr 14 (jest to tożsama wartość z uwagi na zastosowanie stawki VAT 0%)

e) Inne koszty bezpośrednie wynikają z różnicy pomiędzy pozycjami 5 i 7, a pozycjami 1+2+3.

f) W ramach innych kosztów bezpośrednich pozostałe koszty bezpośrednie zostały wypełnione prawidłowo, a wskazanie kosztów kooperacji i kosztów obsługi kooperacji wynikało z bezpośredniego działania matematycznego.

g)

Tym samym po stronie Zamawiającego nie istniały przeciwskazania w poprawieniu załącznika nr 13.”.

Zarzucił, że Zamawiający nie dokonał poprawienia tych omyłek, ponownie odrzucając ofertę Wykonawcy, bez wezwania do wyjaśnień, biorąc pod uwagę że w odwołaniu z 5 sierpnia 2016 r. którego fragment został przytoczony powyżej, Odwołujący w sposób jednoznaczny wskazał sposób poprawienia tych omyłek.

Jednocześnie, zaznaczył, że na wypadek wątpliwości Zamawiającego mógł on wezwać Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie, czego zaniechał.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że Zamawiający także pominął kwestię wskazywaną w odwołaniu złożonym w dniu 5 sierpnia 2016 r. dotyczącą braku znaczenia prawnego omyłek rachunkowych w załączniku nr 13 pomimo uprzedniego uwzględnienia odwołania w tym zakresie. 8

---

Według Odwołującego Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, tylko wówczas, gdy merytoryczna, czyli mająca znaczenie prawne, treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ.

Niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ miała - w ocenie Zamawiającego - polegać na błędnym wypełnieniu załącznika nr 13.

Wskazać jednak należy, że treść załącznika nr 13 w żaden sposób nie miała wpływu na treść świadczenia wykonawcy, bowiem załącznik ten zawierał wyłącznie dane w przedmiocie kalkulacji kosztów z podziałem na koszty robocizny, materiałów i koszty pośrednie. Dane te jednak wynikały z załącznika nr 14.

Zauważył, że dane z załącznika nr 13 nie zostały przywołane nigdzie w umowie jak również nie były na przykład podstawą do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy.

Tym samym w żaden sposób nie można uznać – według Odwolujacego, aby niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ, miała znaczenie merytoryczne, a błędy powstałe w załączniku nr 13 mogły powodować wątpliwości co do zgodności zaoferowanego przez Odwołującego świadczenia z SIWZ.

Powyższe pozwala na przyjęcie – w ocenie Odwołującego, że wymagane przez Zamawiającego wskazanie danych w załączniku nr 13 miało znacznie wyłącznie formalne i było nieistotne pod kątem oceny zgodności oferty z SIWZ.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający nawet nie rozważył zastosowania trybu

przewidzianego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, to jest wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty.

W ocenie Odwołującego, skoro dane wskazane w załączniku nr 13 nie stanowiły merytorycznej części oferty, to jego wskazanie już po otwarciu ofert, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie byłoby traktowane jako negocjacje dotyczące treści oferty, albowiem niezależnie od tego jakie miejsce zostałoby wskazane w tym trybie przez Wykonawcę, nie miało i nie mogło to mieć wpływu na ocenę oferty.

Po zastosowaniu procedury przewidzianej art. 87 ust. 1 PZP Zamawiający uzyskałby informacje pozwalające mu na wskazanie odpowiednich informacji załączniku nr 13 do SIWZ, nawet w przypadku w którym Zamawiający nie mógłby dokonać poprawy omyłek 9

---

rachunkowych we wskazany powyżej sposób.

Wskazać należy, że Zamawiający wykazał się całkowitą biernością i nie podjął żadnych działań, mających na celu sanowanie omyłki rachunkowej, pomimo ustawowego nałożenia na niego obowiązków w tym zakresie.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do błędów rachunkowych i pisarskich w załączniku nr 14 Odwołujący wskazał, że jest on dokumentem wskazującym głównie prace naprawcze, które do których zobowiązany jest wykonawca.

Wyjaśnił, że dokument w wersji przedstawionej przez Zamawiającego sporządzony jest w formacie doc i nie zawiera formuł pozwalających na sumowanie odrębnych pozycji. Dokument ten liczy 312 stron tabel. Dokument ten ulegał zmianom w trakcie trwania postępowania, na skutek wniosków o wyjaśnienie SIWZ. Dla prawidłowego sumowania pozycji Odwołujący dokonał konwersji załącznika do programu Microsoft Excel.

Przyznał, że w trakcie drukowania dokumentu doszło do niewydrukowania jednego wersu w programie - w poz. 128 dotyczącej prac związanych z windą kotwiczną, nie został wydrukowany pkt 11 o treści „11. Zdemontowane części i podzespoły przekazać of. nadzorującemu.”.

Wskazał, że zapis ten nie jest zapisem merytorycznym określającym zakres świadczenia wykonawcy, a jedynie instrukcją związaną z obiegiem wymontowanych części i podzespołów. Tym samym jego brak nie może być, wbrew stanowisku Zamawiającego traktowany jako niezgodność oferty z postanowieniami SIWZ. Nie ulega wątpliwości Odwolującego, że sposób postępowania z wymontowanymi częściami i podzespołami wynika z innych dokumentów stanowiących załączniki do oferty.

Zauważył, że w załączniku nr 2 do SIWZ wskazane zostało, że „wszystkie przedmioty majątkowe zdemontowane w trakcie naprawy z okrętu stanowią własność Skarbu Państwa i podlegają sukcesywnemu przekazywaniu osobom odpowiedzialnym za gospodarkę materiałową na okręcie nie później niż do dnia podpisania „Protokołu zdawczo - odbiorczego” Decyzje o zakwalifikowaniu zdemontowanego sprzętu jako odpad podejmuje of. nadzorujący.” - załącznik nr 2, pkt 8.1 ppkt 14, strona 17 - w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.Również wykaz prac naprawczych stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ wskazywał sposób postępowania ze zdemontowanymi częściami.

Zwrócił też uwagę należy, że przekazanie elementów nie jest treścią świadczenia 10

---

wykonawcy, a tym samym zarówno przez Odwołującego, jak również przez pozostałych wykonawców, w przedmiotowej jak i innych pozycjach dotyczących postępowania ze zdemontowanymi elementami, nie podlegało wycenie.

Wywodził, że biorąc pod uwagę powyższą argumentację, nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający dokonał poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czego Zamawiający, pomimo nałożenia na niego takiego obowiązku przez ustawę, zaniechał.

Odnosząc się do pozostałych omyłek wskazanych w załączniku nr 14, Odwołujący wskazał, że przede wszystkim z żadnego dokumentu nie wynika obowiązek odrębnej wyceny każdej pozycji zamówienia.

Zarzucił, że w tym wypadku ponownie Zamawiający, pomimo obowiązku nałożonego przez ustawę, nie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie, co skutkowałoby wskazaniem przez Odwołującego wartości poszczególnych prac dających łącznie wartość wskazaną dla całej pozycji.

Zwrócił przy tym uwagę, że nie powodowałoby to zmiany wartości poszczególnych pozycji, a tym bardziej wartości oferty, ani też nie zmieniało zakresu świadczeń Wykonawcy, gdyż wszystkie świadczenia zostały wycenione.

Mając na uwadze powyższe, stwierdził, że ewentualne zmiany nie powodowałyby zmiany treści oferty.

Według Odwołującego wszystkie pozycje, które zostały przez Odwołującego połączone z pozostałymi, stanowią jeden zakres prac, przykładowo: pozycja nr 68 dotyczy naprawy głównej prądnicy, a część tej pozycji połączona przez Odwołującego dotyczy wykonania prób tej prądnicy, który to obowiązek i tak wynika z pozostałych elementów SIWZ - wykonanie prób.

Z ostrożności podkreślił, że nieprawdziwe jest twierdzenie Zamawiającego, aby elementy te były istotne w przypadku zaistnienia konieczności rozwiązania umowy, celem jej prawidłowego rozliczenia. W przypadku rozwiązania umowy wycenie podlegałyby konkretne elementy, na przykład cała pozycja 68, która mogłaby zostać uznana za wykonaną lub niewykonaną i od tego byłby uzależniony obowiązek zapłaty.



---

**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 KIO 319/16, KIO 1452/16, KIO 1593/16, w tym ogłoszenia, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 26 lipca 2016r., odwołań wraz z załącznikami w sprawie KIO 1452/16 i KIO 1593/16, pisma Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z przetargu i odrzuceniu jego oferty z dnia 18 sierpnia 2016r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

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 doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.24 ust.2 pkt. 2, art. 87 ust.1 zd.1, art. 87 ust.2, art.89 ust.1 pkt. 2, art.186 ust.2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do podjęcia czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu oraz odrzucenia jego oferty z powodu niewniesienia wadium, czy Zamawiający mógł odrzucić ofertę Odwołującego z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ, a także czy Zamawiający wykonał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym we wcześniejszym odwołaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w rozdziale VII pkt. 6 SIWZ Zamawiający wskazał, że termin związania ofertą wynosi 60 dni.

Natomiast, Odwołujący – według ustaleń Izby – w pkt. 5 ppkt 3 formularza ofertowego oświadczył, że czuje się związany niniejszą ofertą przez czas wskazany w SIWZ, tj. przez 60 dni, a także do oferty załączył wymagane wadium w postaci gwarancji bankowej.

Następnie Zamawiający w dacie 26 lipca 2016r. unieważnił przetarg, a Odwołujący wniósł odwołanie na tą czynność i na czynność odrzucenia jego oferty.

W konsekwencji Zamawiający uwzględnił w całości przedmiotowe odwołanie.



Przechodząc do oceny czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu na zasadzie art.24 ust.2 ust. 2 ustawy Pzp Izba uznała, że Zamawiający w swojej motywacji do tej czynności z dnia 19 sierpnia 2016r. nie wykazał braku wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert na 60 dniowy okres związania ofertą.

Powyższe wynika między innymi z faktu, że los takiego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało unieważnione jest niepewny.

Jeżeli tak jest to, z powodu możliwości uprawomocnienia się czynności unieważnienia przetargu po upływie terminu na wniesienie środka odwoławczego na taką czynność, w warunkach już dokonanego przez Zamawiającego zwrotu wadium w takim przypadku złożona oferta i wadium są bezprzedmiotowe.

Natomiast, w przypadku wniesienia odwołania wobec czynności unieważnienia przez Zamawiającego przetargu i jego dalszej kontynuacji ustawodawca milczy, co do obowiązku przedłużenia oferty wraz z nowym wadium.

Jedynie przepis art.85 ust.2 ustawy Pzp przewiduje w tym zakresie dwie sytuacje, gdy 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.

Z powyższego przepisu wynika jednoznacznie, że wykonawca nie ma obowiązku przedłużenia terminu związania ofertą, to samo dotyczy Zamawiającego, przy czym niewykonanie tego przepisu ma ten skutek, że ten drugi nie będzie mógł się domagać zawarcia umowy.

Z powyższych względów Izba nie mogła zaaprobować wykładni przepisu art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp przedstawionej przez Zamawiającego w uzasadnieniu zaskarżonej czynności.

Dokonując rozpoznania zarzutu odnoszącego się do załącznika nr 13 Izba uznała, że Zamawiający nie wykonał dyspozycji przepisu art.186 ust.2 ustawy Pzp w tym zakresie.

Stosownie do brzmienia powyższego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników 13

postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jeżeli zatem Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, a Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, to powinien on wykonać czynność zgodnie z żądaniem Odwołującego i dokonać poprawek omyłek rachunkowych występujących w ofercie w treści załącznika nr 13 do SIWZ, a w razie potrzeby powinien skorzystać z instytucji wyjaśnień w tym zakresie.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do pkt. 11 poz.128 załącznika nr 14 SIWZ Izba ustaliła, że w załączniku nr 2 SIWZ pkt 8.1 ppkt 14 na str 17 Zamawiający postanowił, że wszystkie przedmioty majątkowe zdemontowane w trakcie naprawy z okrętu stanowią własność Skarbu Państwa i podlegają sukcesywnemu przekazywaniu osobom

odpowiedzialnym za gospodarkę materiałową na okręcie nie później niż do dnia podpisania „Protokołu zdawczo - odbiorczego" Decyzje o zakwalifikowaniu zdemontowanego sprzętu jako odpad podejmuje of. nadzorujący.

Zdaniem Izby niewpisanie przez Odwołującego powtórzonej formułki pkt. 11 poz.128 załącznika nr 14 SIWZ nie świadczy o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ i taka wątpliwość podlega ewentualnemu wyjaśnieniu przez Zamawiającego w trybie przepisu art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp.

Ostatecznie, nie potwierdziły się również argumenty Zamawiającego odnoszące się do załącznika nr 14 do SIWZ w zakresie niedopuszczalności łącznej wyceny niektórych pozycji.

Z treści pkt. 19.1 załącznika nr 2 do SIWZ dotyczącej wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie mają przedłożyć wykonawcy nie wynika wprost, że musi zostać dokonana wycena odrębna danych prac wskazanych w spornych pozycjach.

Z powyższego postanowienia SIWZ wynika jedynie, że zestawienie kosztów musi zawierać zestawienie poszczególnych operacji technologicznych niezbędnych do realizacji naprawy, pracochłonność(rbg), stawką za rbg i koszt materiałów.



Izba uznała, że zarówno kalkulacja kosztów, jak i zestawienie kosztów mają charakter poglądowy, co przyznał sam Zamawiający i służą one jedynie, jako materiał roboczy do szacowania w przyszłości podobnych kosztów, a także stanowi materiał wyjściowy do ewentualnych rozliczeń z wykonawców w warunkach odstąpienia od umowy.

Ponadto Izba wzięła również pod uwagę, że z treści § 13 ust. 2 wzoru umowy załącznika nr 4 do SIWZ wynika, że podstawą do określenia należnego wykonawcy wynagrodzenia w przypadku odstąpienia umowy będzie stan zawansowania prac określonych przez komisję złożoną z przedstawicieli stron oraz udokumentowane koszty poniesione przez Wykonawcę, a zaangażowane w celu należytego wykonania umowy.

Z powyższego postanowienia SIWZ nie można wnioskować, że podstawę do rozliczeń w sytuacji rozwiązania umowy będzie stanowić jedynie załącznik nr 14 zawierający zestawienie kosztów, bowiem udokumentowane koszty mogą mieć również źródło w innych poniesionych przez Wykonawcę wydatkach.

Izba wprawdzie uznała, że wynagrodzenie za przedmiot umowy ma charakter kosztorysowy, co zostało wykonawcom zakomunikowane w piśmie z dnia 25 maja 2016r.(vide: strona 6), jednak należy zauważyć, że przedmiotowa umowa jest umową rezultatu, który ma się zmaterializować w postaci dokonania naprawy w zakresie określonym w SIWZ i wykonanie pełnego zakresu tych prac będzie skutkować obowiązkiem zapłaty przez Zamawiającego pełnego wynagrodzenia.

Ostatecznie Izba zważyła, że korektę wymagań w tym zakresie podjął już Kierownik Zamawiającego - Komendant Portu Wojennego w Gdyni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o nazwie Naprawa średnia i dokowa Osz 253, nr sprawy 14/KPW/STO/2016, co prawda w innej jednostce organizacyjnej Marynarki Wojennej, jednak w analogicznym zakresie, co potwierdza przekonanie Izby o poglądowym charakterze załączników nr 13 i 14 do SIWZ.

Powyższy wymóg został zmieniony w ten sposób w rozdziale 12 pkt 4 SIWZ z powyższego przetargu, że obowiązek dostarczenia kalkulacji kosztów wykonania przedmiotu zamówienia i zestawienia kosztów ma być realizowany na etapie podpisania umowy.

Izba również przy rozstrzyganiu sprawy uwzględniła wyjaśnienia Zamawiającego, że zestawienie kosztów z załącznika nr 14, a także załącznik nr 13 nie ma znaczenia dla dokonywania oceny ofert, a także, że powyższe zestawienia kosztów stanowią materiał wyjściowy do dokonywania szacunku na innych zadaniach realizowanych w przyszłości. 15

Powyższe stanowisko Izby nie daje zatem podstaw do uznania, że oferta Odwołującego może zostać odrzucona na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:……**