Sygn. akt KIO 2864/13

WYROK
z dnia 30 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman
Członkowie: Anna Chudzik
Renata Tubisz

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 grudnia 2013 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych „Pol-Aqua" S.A. ul. Adama Branickiego 15, 02-972 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach Sp. z o.o. ul. Rolnicza 244, 05-092 Łomianki,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obcią a odwołującego,
   2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych „Pol-Aqua" S.A. ul. Adama Branickiego 15, 02-927 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od odwołującego **Przedsiębiorstwa Robót In ynieryjnych „Pol-Aqua" S.A. ul. Adama Branickiego 15, 02-927 Warszawa,** na rzecz zamawiającego **Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach Sp. z o.o. ul. Rolnicza 244, 05-092 Łomianki, kwotę 3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 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 Warszawie.**

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

3.

Sygn. akt: KIO 2864/13

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację i rozbudowę oczyszczalni ścieków w Łomiankach", ogłoszonym w Dz. Urz. UE Nr 2013/S 138-240200 z 18.07.2013 r., w dniu 13 grudnia 2013 r. zostało w formie pisemnej zło one odwołanie przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych Pol-Aqua S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej tak e zwany Pol-Aqua), w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem zawiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 4 grudnia 2013 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego

oferty oraz o uniewa nieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu oraz z uwagi na nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Zakładowi Wodociągów i Kanalizacji w Łomiankach Sp. z o.o. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej zwaną ustawa Pzp, tj.:
- art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez ich zastosowanie i uznanie, e zachodzą przesłanki do uniewa nienia postępowania,
- art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez błędne ich zastosowanie w stosunku do odwołującego pomimo braku przesłanek,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez błędne jego zastosowanie,
- art. 26 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do odwołującego,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 i 8 Pzp poprzez ich błędne zastosowanie,
- art. 85 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się przez zamawiającego do odwołującego o wyra enie zgody na przedłu enie terminu związania ofertą,
- art. 91 ust. 1 Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej i niewykonanie wyroku KIO z dnia 24 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2332/13, KIO 2333/13),

- art. 7 ust 1 i ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejawiające się m.in. w zaniechaniu wyboru oferty odwołującego,
- art. 184 Pzp poprzez zaniechanie skierowania stosownego wezwania do odwołującego.

Mając na uwadze powy sze, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1) uniewa nienie czynności uniewa nienia postępowania oraz uniewa nienia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty;
2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
3) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej oraz zawarcia z odwołującym umowy;
4) obcią enia zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i ądań odwołujący wyjaśniał, e w niniejszym postępowaniu zostały przeprowadzone ju dwie procedury odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą wszczęte na skutek odwołania wniesionego przez odwołującego oraz odwołania wniesionego przez Seen Technolgie Sp. z o.o. Odwołujący wniósł w dniu 30 września 2013 r. odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego i wykluczenia go z postępowania - pismem zamawiającego z dnia 19 września 2013 r. - zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcach wykluczonych z postępowania o udzielenie zamówienia i ofertach odrzuconych.

W wyniku powy szych postępowań odwoławczych Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 24 października 2013 r. wyrokiem sygn. akt KIO 2332/13, KIO 2333/13 uwzględniła odwołanie wniesione przez odwołującego (w sprawie o sygn. 2332/13) i nakazała zamawiającemu uniewa nienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, uniewa nienie czynności odrzucenia oferty odwołującego (P.R.I. Pol-Aqua S.A.) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego. A więc, tym samym, KIO nakazała zamawiającemu „przywrócenie" odwołującego do postępowania.

Jednak e, zamawiający pismem z dnia 4 grudnia 2013 r., odrzucił (ponownie, wbrew cytowanemu wyrokowi KIO) ofertę odwołującego i wykluczył z postępowania wszystkich wykonawców biorących udział w przetargu, w tym odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz uniewa nił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący nie zgodził z takim rozstrzygnięciem przetargu, gdy uwa ał, e jego

oferta winna być uznana za najkorzystniejszą. Wskazywał, e w wyniku naruszenia wy ej

wymienionych przepisów ustawy Pzp poniósł szkodę, gdy zgodnie z informacją podaną przez zamawiającego w trakcie czynności otwarcia ofert oraz zgodnie z kryteriami oceny ofert przyjętymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - oferta zło ona przez odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia go z postępowania, a działanie takie było niezgodne z prawem.

Odwołujący podtrzymał swoją wolę uczestnictwa w przetargu, oświadczył w odwołaniu, e pozostaje związany swoją ofertą i jest gotowy zawrzeć umowę z zamawiającym w sprawie zamówienia publicznego.

Z powy szego wywodził, e gdyby zamawiający nie naruszył przepisów Pzp i nie wykluczył odwołującego z postępowania i nie odrzucił zło onej oferty - niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz nie uniewa nił postępowania, oferta odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą i tym samym, odwołujący uzyskałby zamówienie, co uzasadnia interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, zatem i legitymację do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Dalej odwołujący wyjaśniał, e z otrzymanego zawiadomienia z dnia 4 grudnia 2013r. wynika, i zamawiający uniewa nił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp „z uwagi na upływ terminu związania ofertą wszystkich ofert i konieczność wykluczenia wszystkich wykonawców" jak równie „z uwagi na nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia".

I. Zamawiający wskazał, i przed upływem terminu związania ofertą aden z wykonawców, którzy zło yli oferty w przedmiotowym postępowaniu nie przedłu ył terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wobec czego zamawiający, działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wykluczył z postępowania wszystkich wykonawców, którzy zło yli oferty w przedmiotowym postępowaniu tj:

1. Konsorcjum firm: Instal - Rem S.A, Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A.;
2. Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych „Pol-Aqua" S.A.;
3. SEEN Technologie Sp. z o.o.

Jednocześnie zarzucał, e zamawiający nie zwrócił się do adnego z wykonawców o wyra enie zgody na przedłu enie terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 Pzp.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie był uprawniony, aby wykluczyć go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w oparciu o zarzut, e odwołujący nie przedłu ył terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący

zaznaczał, e art. 85 ust. 2 Pzp nie przewiduje, w jakiej formie ma być zło one oświadczenie woli wykonawcy dotyczące przedłu enia terminu związania ofertą. Stosownie do art. 14 ust. 1 ustawy Pzp zastosowanie znajduje art. 60 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym z zastrze eniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej mo e być wyra ona przez ka de zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny.

Odwołujący przytoczył treść art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy „nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłu ony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust 3, albo nie zgodzili sie na przedłu enie okresu związania ofertą."

Odwołujący zaprzeczył twierdzeniom, jakoby „nie wyraził zgody" na przedłu enie terminu związania ofertą, poniewa zamawiający z takim wnioskiem nie wystąpił w ogólności do adnego z wykonawców. Trudno mówić, bowiem o braku zgody odwołującego na przedłu enie okresu związania ofertą, w sytuacji, gdy jako wykonawca nie został o taką zgodę spytany.

Odwołujący ponowił argumentację, e w przedmiotowym postępowaniu w dniu 24 października 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt KIO 2332/13, KIO 2333/13) ogłosiła wyrok, w którym uwzględniła odwołanie wniesione przez odwołującego i nakazała zamawiającemu m.in. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego. A więc, tym samym, KIO nakazała zamawiającemu „przywrócenie" odwołującego do postępowania.

Następnie, zamawiający, wykonując wy ej wymieniony wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r., pismem z dnia 30 października 2013 r. wezwał odwołującego, na

podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do zło enia wyjaśnień dotyczących dokumentów zło onych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. wykazu robót budowlanych, wyznaczając termin do 4 listopada 2013 r.

Odwołujący, pismem z dnia 31 października 2013 r. zło ył stosowne wyjaśnienia. Następnie, zamawiający, wykonując wy ej wymieniony wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r., pismem z dnia 5 listopada 2013 r. wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu osób, wyznaczając termin do 8 listopada 2013 r.

W odpowiedzi na powy sze wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu osób, odwołujący, pismem z dnia 7 listopada 2013 r. uzupełnił wykaz osób w sposób potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

6

Następnie, zamawiający pismem z dnia 12 listopada 2013 r. wezwał odwołującego do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp, wyznaczając termin do dnia 15 listopada 2013 r. Termin ten został przez zamawiającego przedłu ony do dnia 18 listopada 2013 r. (w związku z wnioskiem o przedłu enie terminu do zło enia wyjaśnień przez innego z wykonawców: Konsorcjum Instal - Rem S.A., Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A.).

Odwołujący zło ył stosowne wyjaśnienia i uzupełnienia w dniu 18 listopada 2013 r. W tym czasie, a do otrzymania przez odwołującego zawiadomienia o uniewa nieniu w kontakcie postępowania w dniu 4 grudnia 2013 r. odwołujący pozostawał równie telefonicznym z zamawiającym. Odwołujący kilkakrotnie dzwonił do zamawiającego w celu dowiedzenia się, kiedy mo na spodziewać się zawiadomienia o wyborze oferty.

Ponadto, odwołujący, w oczekiwaniu na wybór jego oferty w wyniku zło onego przez siebie odwołania do KIO i korzystnego dla siebie ww. wyroku KIO, w dniu 28 listopada 2013 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udostępnienie do wglądu dokumentacji postępowania i w tym dniu przedstawiciele odwołującego udali się do siedziby zamawiającego w celu dokonania wglądu do dokumentacji.

Powy sze świadczy w ocenie odwołującego, w sposób niebudzący wątpliwości, e odwołujący przez cały czas czuł się związany zło oną przez siebie ofertą i nadal podtrzymywał wolę uczestnictwa w postępowaniu w roli wykonawcy zainteresowanego wyborem swojej oferty i liczył na zawarcie z zamawiającym umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Powy ej wskazane okoliczności sprawy pozwalały na uznanie z jednej strony przez wykonawcę, e zamawiający zmierza do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej stosownie do wyroku KIO z dnia 24 października 2013 r., a z drugiej strony pozwalały na e odwołujący jest zainteresowany udziałem w uznanie przez zamawiającego, postępowaniu, w tym wyra a intencję uzyskania zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - jakim jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający jest zobowiązany zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp do wyboru oferty najkorzystniejszej i do zawarcia umowy z wybranym wykonawcą. Zamawiający realizując cel postępowania - winien kierować się dą eniem do wyboru oferty najkorzystniejszej - w tym podejmując działania zapobiegające upływowi terminu wa ności najkorzystniejszej oferty. Powy sze mo na wywieźć równie z zasady gospodarnego wydatkowania środków publicznych, zgodnie z ustawą o finansach publicznych. Odwołujący przytoczył tezę z uzasadnienia postanowienia Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. VI Ga 192/2010

7

(Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 8 poz. 198), zgodnie z którą: *„Interpretacja norm prawnych zawartych w Prawie zamówień publicznych winna być dokonywana przede wszystkim w* świetle *celu tego postępowania, to jest, jak zasadnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc wydatkowania pieniędzy publicznych w sposób racjonalny i celowy poprzez uzyskanie za jak najni szą cenę ekwiwalentu w postaci usługi, towaru. To temu celowi słu yło wprowadzenie przez ustawodawcę unormowania Prawo zamówień publicznych”.*

W niniejszym postępowaniu od wydania wyroku KIO nakazującego zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego (tj. od dnia 24.10.2013 r.) do zawiadomienia o uniewa nieniu postępowania (tj. 4.12.2013 r.) minęło 41 dni. Powy sze świadczy o tym, e zamawiający zwlekał z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, tym samym nie wykonując wyroku KIO. Jednocześnie zamawiający nie sygnalizował odwołującemu w aden sposób zbli ającego się upływu terminu związania ofertą, a wręcz przeciwnie, podejmował czynności zmierzające do wyboru oferty, w tym wzywał (trzykrotnie) odwołującego do wyjaśnień i uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Jednocześnie, odwołujący podnosił, e aden przepis prawa nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, mimo upływu terminu związania ofertą. W związku z powy szym, zamawiający, na którym cią y obowiązek wybrania oferty najkorzystniejszej powinien zwrócić się o wyra enie zgody na przedłu enie terminu związania ofertą, albo po jego upływie powinien zwrócić się do wykonawcy niezwiązanego ofertą z pytaniem, czy jest on gotowy mimo braku związania ofertą, zawrzeć umowę na warunkach wskazanych w ofercie. Skoro aden przepis prawa nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany ju nie jest, zdaniem odwołującego - nie ma podstaw, aby nie dokonywać oceny tej oferty.

Odwołujący przytoczył dalsze wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, tj. z 5 lutego 2013 r. (KIO 124/13), zgodnie z którym *„Ustawa - Prawo zamówień publicznych nie zawiera przepisu, który wprost by stanowił o tym, e wybranie oferty, co do której wykonawca nie posiada aktualnego oświadczenia o związaniu jej treścią jest niewa ne, a umowa zawarta z takim wykonawcą jest niewa na lub podlega uniewa nieniu. Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o wa ności i o skuteczności zło onej oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powy szym, brak jest podstaw do przyjęcia, e oferta, która nie wią e wykonawcy, straciła cechy oferty i w związku z tym winna być uznana za niewa ną lub podlegająca odrzuceniu."*

Odwołujący stwierdził, e jego działania wskazywały jednoznacznie, i podtrzymuje chęć związania swoją ofertą i wolę zawarcia umowy z zamawiającym w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie odwołującego, zamawiający naruszył równie zasady współ ycia społecznego i dobre obyczaje, z jednej strony podejmując działania zmierzające do wyboru oferty (kierowanie wezwań do wyjaśnień i uzupełnień i przyjmowanie odpowiedzi odwołującego), aby w efekcie stwierdzić (w zawiadomieniu), e wszystkie te czynności były niewa ne, poniewa były dokonane po upływie terminu związania ofertą, co świadczy o braku konsekwencji w działaniach zamawiającego.

W świetle powy szego, odwołujący poczytał odrzucenie swojej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 i 8 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp, jako niezasadne i niezgodne z prawem. Odwołujący przytoczył tezę z postanowienia Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10) *„Przechodząc więc do dalszych zarzutów skargi zamawiającego, w szczególności interpretacji art. 24 ustęp 2 pkt 2 Pzp, to Sąd Okręgowy równie podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dokonanej przez nią interpretacji tej e normy prawnej. Stosownie do treści art. 24 ustęp 2 punkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się równie wykonawców, którzy (...) nie zgodzili się na przedłu enie okresu związania ofertą. Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost, i wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się na przedłu enie okresu związania ofertą, co oznacza, i zastosowanie tego przepisu mo liwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyra enie takiej zgody. W przypadku zaś, kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał brak jest podstaw dla stwierdzenia, i nie wyraził on zgody, nie zgodził się, na przedłu enie okresu dokonana przez Sąd Okręgowy związania ofertą. Za powy szym przemawia równie wykładnia systemowa, to jest odczytanie treści art. 24 ustęp 2 pkt 2 Pzp w* świetle *powoływanego zresztą przez skar* ącego *art. 85 ustęp 2 Pzp. Zgodnie z tą normą wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego mo e przedłu yć termin*

związania ofertą, z tym, e zamawiający mo e tylko raz, co najmniej na trzy dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyra enie zgody na przedłu enie tego terminu o oznaczony okres, nie dłu szy jednak ni 60 dni. Norma ta wskazuje więc na dwie mo liwości. Pierwsza, to kiedy wykonawca samodzielnie przedłu a termin związania ofertą, druga kiedy to zamawiający zwróci się do wykonawców o wyra enie zgody na przedłu enie tego terminu. W korelacji właśnie z drugą z tych mo liwości posługując się zresztą dokładnie tym samym określeniem (odmowa wyra enia zgody na przedłu enie terminu) pozostaje mo liwość wykluczenia

9

---

wykonawcy z postępowania przetargowego. Gdyby, bowiem ustawodawca chciał, aby podstawa wykluczenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ustęp 2 Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłu enia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyra enie zgody, to wówczas w art. 24 ustęp 2 pkt 2 nie zastosowałby z pewnością odnośnika do wyra enia zgody, (...) ale określenia typu „nie nastąpiło przedłu enie okresu związania ofertą", „nie przedłu yli okresu związania ofertą" i tym podobne. Ustawodawca u ył natomiast wyraźnego określenia „nie zgodzili się" odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej mo liwości) przewidzianej treścią art. 85 ustęp 2 Pzp". Interpretacja ta pozostaje równie odzwierciedleniem dokonania analizy niniejszego w świetle *wykładni celowościowej. Jak bowiem ju wskazano na wstępie, to zamawiający odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne przeprowadzenie postępowania przetargowego. To on w istocie decyduje o dacie wyboru oferty, stąd posiada mo liwość kontroli czy termin wynikający z art. 85 ustęp 1 Pzp upłynie przed czy po terminie wyboru oferty. Ograniczenie, i zamawiający mo e zwrócić się tylko raz o przedłu enie terminu związania ofertą ma na celu właśnie mobilizację zamawiającego do sprawnego i racjonalnego prowadzenia postępowania przetargowego i nie nara ania wykonawcy na zbyt długi termin związania ofertą. Nale y wskazać, i przedłu enie tego terminu le y w interesie zamawiającego. To on, bowiem dzięki temu ma pewność, co do stabilności i stałości treści zło onej oferty pomimo upływającego czasu. Czas ten jednak, je eli chodzi o inicjatywę zamawiającego jest ograniczony przez ustawodawcę, co zwa ywszy na zmieniające się warunki rynkowe znajduje swoje praktyczne podstawy. Termin trzydniowy przed upływem terminu związania ofertą jest to termin zastrze ony przede wszystkim na rzecz wykonawcy, aby miał mo liwość podjęcia decyzji w tym przedmiocie nie będąc stawianym w sytuacji konieczności zbyt rychłego podjęcia decyzji. Albo zamawiający z mo liwości przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 skorzysta chcąc zapewnić sobie pewność, co do aktualności treści oferty i w przypadku braku zgody na przedłu enie okresu związania ofertą otworzy sobie mo liwość wykluczenia oferenta - na zasadzie art. 24 ustęp 2 pkt 2, albo te zaniedbując upływ przedmiotowego terminu pozbawi się mo liwości jego wykluczenia, a tym samym uznania oferty takiego wykonawcy za odrzuconą. Art. 24 Pzp stanowi, bowiem katalog zamknięty; a ze względu na charakter zawartego w nim uregulowania wykluczona jest jakakolwiek rozszerzająca jego interpretacja." W podsumowaniu Sąd Okręgowy wskazał, i : „Reasumując, tylko więc, je eli przyczyny, których dotyczy art. 24 Pzp, to tylko w przypadku spełnienia przesłanek przewidzianych właśnie w art. 24 Pzp mo liwym jest odrzucenie oferty. Konkretnie rzecz biorąc, w przypadku upływu okresu związania ofertą, mo liwe jest odrzucenie tej oferty tylko w przypadku, kiedy zostaną spełnione przesłanki z art. 24 ustęp 2 punkt 2, a wiec w przypadku braku zgody na przedłu enie okresu związania ofertą, a wiec - jak wskazano*

10

---

powy ej w wywodzie prawnym - po uprzednim wezwaniu. W braku wezwania, pomimo upływu tego terminu, brak jest podstaw dla odrzucenia oferty".

Odwołujący zaznaczał, e powy sze stanowisko i argumentacja Sądu Okręgowego w Rzeszowie została podzielona równie przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 19 marca 2012 r., (sygn. akt KIO 459/12). Ponadto, tak e w wyroku z dnia 2 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KI0/1469/10) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: *„Zdaniem Izby katalog przesłanek wskazanych w art. 24 ustawy Pzp skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest zamknięty, co oznacza, e Zamawiający nie mo e go rozszerzać ani zawę ać. (...) Zdaniem Izby w* świetle *przepisu art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy*

Pzp wykluczyć z postępowania mo na wyłącznie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłu enie terminu związania ofertą. Z powy szego wynika, i Zamawiający wyklucza takiego wykonawcę jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający wystąpił do niego o przedłu enie terminu związania ofertą. Izba podkreśla, co zostało ju wcześniej wskazane, e wykonawca nie mo e ponosić negatywnych konsekwencji bezczynności i zaniechania Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca słusznie wskazał w odwołaniu, i aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na tej podstawie Zamawiający musi wykazać, e występował do wykonawców o przedłu enie tego terminu. Zdaniem Izby zwrot „nie wyrazili zgody na przedłu enie terminu związania ofertą" wyraźnie wskazuje, e przed wykluczeniem z postępowania w pierwszej kolejności Zamawiający musi wystąpić do wykonawców o jego przedłu enie. Dopiero brak zgody wykonawcy bądź nieprzedłu enie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie Zamawiającego powoduje, e istnieją przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Izba przypomina, e przesłanek wykluczenia z postępowania nie mo na interpretować rozszerzająco, poniewa w swych skutkach prowadzą do wyeliminowania wykonawców z postępowania i uniemo liwiania im uzyskania zamówienia. Konkludując, nale y stwierdzić, i wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych mo e nastąpić wyłącznie po uprzednim wezwaniu go przez Zamawiającego do przedłu enia terminu związania ofertą. Inna interpretacja powy szego przepisu w nawiązaniu do treści art. 85 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych umo liwiałaby omijanie przepisów ustawy i prowadziła do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym samym orzeczeniu KIO stwierdziła, e: (...) z literalnego brzmienia tego przepisu (art. 85 ust. 2) mo na wywnioskować, i wystąpienie do wykonawców o przedłu enie terminu związania ofertą jest uprawnieniem Zamawiającego, nie zaś obowiązkiem. Jednak e, zdaniem Izby, jeśli upływ terminu związania ofertą nastąpił w toku prowadzonej przez Zamawiającego procedury; a

postępowanie nie zostało przez Zamawiającego w tym terminie rozstrzygnięte, Zamawiający ma obowiązek w świetle przepisu art. 85 ust. 2 ustawy zwrócić się do wykonawców o przedłu enie terminu związania ofertą. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty. To w interesie Zamawiającego powinno le eć wyłonienie wykonawcy oraz udzielenie mu zamówienia publicznego zgodnie z procedurami przewidzianymi w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Izby przyjęcie odmiennej interpretacji art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych mogłoby prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający w sposób nieuprawniony przerzucałby na wykonawców obowiązki związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby w zaistniałym stanie faktycznym w związku z upływem terminu związania ofertą zaistniały uzasadnione przesłanki do wystąpienia do wykonawców o przedłu enie tego terminu. Zdaniem Izby w opisanym stanie faktycznym Zamawiający wręcz miał obowiązek zwrócić się do wykonawców o przedłu enie tego terminu. Zamawiający prowadząc postępowanie z zamiarem wyłonienia wykonawcy nie mo e zapominać o cią ących *na nim obowiązkach."*

Odwołujący przytoczył kolejne orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2890/12) *„Odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, e zaistniały ku temu podstawy, gdy przesłanek do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy - Prawo Zamówień Publicznych; nie mo na interpretować rozszerzająco, a Zamawiający nie mo e - odrzucając ofertę - opierać się na ewentualnych przypuszczeniach, gdy to na nim - w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty - spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty wykonawcy oraz pozbawienia go mo liwości uzyskania i realizacji w przyszłości przedmiotu zamówienia."*

II. Jak wynika z zawiadomienia o wynikach przetargu, został on uniewa niony na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp *„z uwagi na upływ terminu związania ofertą wszystkich ofert i konieczność wykluczenia wszystkich wykonawców".* Zdaniem odwołującego brak było przesłanek do zastosowania przez zamawiającego powy szych przepisów i uniewa nienia postępowania. Poza argumentacją wskazaną

wy ej, odwołujący podnosił, e uniewa nienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno nastąpić jedynie w sytuacji, gdy nie ma mo liwości zawarcia wa nej umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. umowy, która nie podlegałaby uniewa nieniu. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający mógł doprowadzić do zawarcia wa nej umowy i, tym samym, do osiągnięcia celu postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego poprzez zwrócenie się do wykonawców o przedłu enie terminu związania ofertą oraz zawarcie umowy z wykonawcą, który zło ył najkorzystniejszą ofertę - w świetle kryteriów oceny ofert, ustalonych przez zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący utrzymywał, e uniewa nienie postępowania z powodu upływu terminu wa ności ofert - jest niezgodnym z prawem nadu yciem instytucji uniewa nienia postępowania. Upływ terminu związania ofertą nie mo e stanowić podstawy do uniewa nienia postępowania. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający miał mo liwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia wa nej umowy.

III. Odwołujący podnosił, e zamawiający jako podstawę uniewa nienia postępowania wskazał równie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp „z uwagi na nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia". Zdaniem odwołującego brak jest podstaw do uniewa nienia postępowania z powodów wskazanych przez zamawiającego.

Przesłanki uniewa nienia nale y interpretować ściśle, poniewa uniewa nienie postępowania prowadzi do zniweczenia celu postępowania, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej. Wada, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp musi dotyczyć postępowania i musi być takiego rodzaju, e prowadziłaby do sytuacji, w której gdyby umowa została zawarta, to podlegałaby ona uniewa nieniu. A zatem musi być to wada o istotnym znaczeniu dla wyniku postępowania.

Okoliczności podnoszone przez zamawiającego, jako nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia nie były kwestionowane przez adnego z wykonawców ubiegających się o zamówienie przed otwarciem ofert na etapie SIWZ.

1. Zamawiający wskazuje na naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez postawienie wymogu zło enia oświadczenia w zakresie przeprowadzenia wizji lokalnej, co, zdaniem zamawiającego, mogło doprowadzić do uniemo liwienia wzięcia udziału w postępowaniu podmiotom spoza województwa mazowieckiego. Odwołujący podnosił, e postawienie wymogu dokonania wizji lokalnej nie wpływa w aden sposób na zawę enie kręgu potencjalnych wykonawców ubiegających się o zamówienie. Zdaniem odwołującego powy szy wymóg w aden sposób nie ogranicza konkurencji i nie uniemo liwia niektórym podmiotom udziału w postępowaniu, i tym samym nie powoduje naruszenia powy ej wskazanych przepisów Pzp.

2. Odnosząc się do wskazanego przez zamawiającego naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie wymogu zło enia Koncepcji technologicznej lub Ramowego opisu proponowanych przez Wykonawców technologii oczyszczania ścieków przy jednoczesnym zapisie w SIWZ (pkt 11.8 SIWZ), zgodnie z którym opracowania te będą pełniły jedynie funkcję informacyjną i pomocniczą i nie będą stanowiły podstawy do

odrzucenia oferty - odwołujący stwierdził, e:

- po pierwsze, powy sze nie powoduje naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp
- po drugie, w zakresie charakteru prawnego koncepcji i jej wpływu na postępowanie wypowiedziała się ju Krajowa Izba Odwoławcza w wy ej opisanym wyroku z 24.10.2013r. w sprawie sygn. akt KIO 2332/13 i 2333/13.

W niniejszym postępowaniu, zgodnie z pkt 11.8 SIWZ Koncepcja technologiczna lub Ramowy opis technologii, miały mieć wyłącznie charakter pomocniczy i informacyjny i nie mogły stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy. KIO jednoznacznie stwierdziła w uzasadnieniu wyroku KIO z 24.10.2013 r. (str. 30 uzasadnienia), e koncepcja nie stanowi treści oferty, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Treścią oferty nie jest bowiem dokument o charakterze pomocniczym i informacyjnym, co do którego zamawiający jednoznacznie przesądził, e nie będzie brany pod uwagę przy ocenie przesłanek odrzucenia ofert.

W świetle powy szego jakiekolwiek zarzuty dotyczące treści koncepcji

przedstawionej przez Pol-Aqua S.A. nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przetargu, ponieważ koncepcja nie stanowi o treści oferty. Pol- Aqua S.A. zobowiązała się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ w tym z PFU i zobowiązała się zachować określone parametry techniczne. A koncepcja ma charakter wyłącznie pomocniczy. Twierdzenie zatem zamawiającego, e wada postępowania polega na niemo ności braku wykazania przez odrzucenia oferty odwołującego i przy jednoczesnym zamawiającego wpływu zawarcia wa nej umowy na mo liwość powy szego niepodlegającej uniewa nieniu powodują, e brak jest podstawy do uniewa nienia postępowania z tego powodu przez zamawiającego.

3. Odnosząc się do wskazanego przez zamawiającego naruszenia art. 29 ust. 3 *„poprzez nieopisanie warunków równowa ności - co w konsekwencji spowodowało zło enie nieporównywalnych ofert".* Zdaniem odwołującego powy sze nie uzasadnia uniewa nienia postępowania na podst. art. 93 ust. 1 pkt 7. Zamawiający stwierdził, e na skutek braku sposobu określenia rozwiązań równowa nych w stosunku do rozwiązań określonych w Programie Funkcjonalno-U ytkowym nie mógł dokonać oceny zgodności treści oferty zło onej przez odwołującego. A wada postępowania, którą zamawiający uznał za stanowiącą podstawę do uniewa nienia postępowania polega na *„niemo ności odrzucenia oferty Pol-Aqua".* Odwołujący nie zgodził się równie z takim stanowiskiem zamawiającego. Wyjaśniał dalej, e przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego są roboty budowlane w systemie „zaprojektuj i zbuduj". Kryteriami oceny ofert, oprócz ceny są równie parametry techniczne. Odwołujący zobowiązał się w treści oferty wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ, w tym z PFU i zobowiązał się zachować

określone parametry techniczne. Zaznaczał, e pojęcie równowa ności odnosi się do równowa ności technicznej i jakościowej. Nie nale y go odnosić natomiast do równowa ności wszystkich elementów oferty. Przedstawiony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie ogranicza te w aden sposób uczciwej konkurencji.

W świetle powy szego, w ocenie odwołującego brak jest podstaw do uniewa nienia postępowania zarówno na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 jak i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie zaszły przesłanki, które uzasadniałaby podjęcie takiej decyzji przez Zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22 marca 2010 r. KIO/UZP 210/10 *„Niewątpliwie nadu ycie instytucji uniewa nienia postępowania przez zamawiającego stanowi ra ące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszak e sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i zło enie w danym postępowaniu oferty niepodlegającej odrzuceniu przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania powinno poskutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie, ze względu na podstawę uniewa nienia przedmiotowego postępowania, istotne jest wskazanie, i wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji błędów i zaniedbań zamawiającego, zaś w przypadku ich wystąpienia winny być one ka dorazowo odczytywane i interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego".* Powy sze wskazuje zdaniem odwołującego na bezprawność i nieskuteczność odrzucenia przez zamawiającego zło onej oferty, jak równie uniewa nienia postępowania.

Biorąc pod uwagę powy sze, odwołujący podsumował, e zamawiający nie miał podstaw do uniewa nienia postępowania. Zamawiający nie wystosował do odwołującego wezwania odnoszącego się do przedłu enia okresu związania ofertą. Nie było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego i tym samym uznania, e postępowanie podlega uniewa nieniu z powodu upływu wa ności ofert zło onych w postępowaniu. Brak jest równie podstaw do uznania, e postępowanie obarczone jest wadą niemo liwą do usunięcia, która uniemo liwiałaby zawarcie niepodlegającej uniewa nieniu umowy w sprawie zamówienia a zatem, e zaszły przesłanki obligujące publicznego, zamawiającego do uniewa nienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 16 grudnia 2013 r. przesłane faksem, do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, przystąpili pisemnie (w kopii przesłanej stronom) w dniu 19 grudnia 2013 r. po stronie zamawiającego:

1. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Instal Rem S.A.

(lider) z siedzibą w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. w

15

Suwałkach,

2. SEEN Technologie Sp. z o.o.,

- którzy wnosili o oddalenie odwołania, albowiem czynności zamawiającego odpowiadają prawu, przychylenie się do argumentacji odwołującego prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców; uniewa nienie postępowania wyeliminuje zaistniałe naruszenia przepisów w trakcie przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji powtórzone postępowanie umo liwi przystępującym ubieganie się o zamówienie przeprowadzone z poszanowaniem zasad ustawy Pzp.

Izba postanowiła nie dopuścić zgłaszających przystąpienie wykonawców do udziału w sprawie. Zgodnie z art. 185 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp wykonawca mo e zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zdaniem Izby, zgłaszający przystąpienie wykonawcy nie wykazali swego własnego interesu w danym postępowaniu - w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego związanych z uniewa nieniem przetargu i zniweczeniem skutków zło enia oferty przez tych e wykonawców.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, i nie zachodzą przesłanki wyłączające merytoryczne rozpoznanie części zarzutów odwołania, wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 27 grudnia 2013 r. zamawiający zło ył odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał czynności podane w powiadomieniu o rozstrzygnięciu przetargu oraz przedstawił uzasadnienie swego stanowiska, wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający omówił ró nice technologiczne przewidziane w ofercie odwołującego względem rozwiązań przyjętych w PFU, które posumował w następujący sposób.

„a] technologia zaproponowana w ofercie Pol-Aqua nie spełnia warunku zastosowania technologii podciśnieniowego odgazowania osadu ale jest technologią tlenową,

b] oferta POL-AQUA jest obarczona błędami wewnętrznymi w odniesieniu do zagadnień energii zainstalowanej, zu ycia energii elektrycznej oraz wskaźnika energochłonności:

16

- nale y wyraźnie zaznaczyć, e zu ycie energii elektrycznej musi obejmować ma to bezpośredni wszystkie urządzenia technologiczne oczyszczalni ścieków *gdy wpływ na koszty eksploatacji oczyszczalni (koszty ponoszone za energię elektryczną stanowią w strukturze kosztów ponad 80 procent wszystkich kosztów eksploatacyjnych oczyszczalni) - stąd taki nacisk poło ono w dokumentacji przetargowej na ten parametr,*

- w ofercie firmy POL-AQUA na stronie 44 zabrakło uwzględnienia w tabeli zu ycia energii elektrycznej przez urządzenia zainstalowane w istniejącym reaktorze Carrousel - choć w tej ofercie wyraźnie podano e reaktor ten będzie eksploatowany a na stronach 26 i 28 podano, e reaktor będzie pozostawiony bez zmian (z wyjątkiem modernizacji polegającej na ociepleniu zmian oraz zwiększeniem zakresu pomiarów),

- dla prawidłowej oceny oferty tej firmy niezbędne jest uwzględnienie w tabeli zu ycia energii elektrycznej przez urządzenia zainstalowane w istniejącym reaktorze Carrousel (szczegóły powy ej oraz w tabelach),

- na końcu załącznika nr 2 przedstawiono obliczenia i wnioski dotyczące pompy pró niowej i wniosek, e gdyby firma POL-AQUA zastosowała technologię podciśnieniowego odgazowania osadu przy uwzględnieniu pracy urządzeń w reaktorze w takiej technologii parametrów Carrousel - to niemo liwe byłoby

zaoferowanie

lepszych ni przedstawione dla skorygowanych parametrów a tym bardziej nie byłoby mo liwe utrzymanie wskaźnika energochłonności na gwarantowanym poziomie 0,74 [kWh/d] zawartym w dotychczasowej ofercie tej firmy. WSZYSTKO TO SPROWADZA SIĘ DO JEDNEGO WNIOSKU - NIEPRAWIDŁOWOŚĆ LE ĄCA W KONSTRUKCJI SIWZ:

- Naruszenie art. 29 ust l Pzp poprzez wprowadzenie wymogu zło enia „Koncepcji technologicznej lub Ramowego opisu proponowanych przez Wykonawców technologii oczyszczania ścieków" *i jednoczesne wprowadzenie elementów mówiących o tym, e przedmiotowa koncepcja lub ramowy opis - nie będą stanowiły podstawy do odrzucenia oferty a informacje w nich zawarte będą stanowiły jedynie funkcje informacyjną i pomocniczą przy ocenie ofert w jednym z kryterium oceny ofert parametry techniczne, (s. 3 pkt 2 uniewa nienia postępowania). SPOWODOWAŁA M.IN. W KONSEKWENCJI, E WYKONAWCA POL - AQUA ZŁO YŁ OFERTĘ, KTÓRA NIE NADAJE SIĘ DO WYKONANIA (NIE JEST OPARTA O WYMAGANĄ TECHNOLOGIĘ A ZAOFEROWANE WSKAŹNIKI W ZAKRESIE ENERGOCHŁONNOŚCI SĄ NIEPRAWIDŁOWE) A POMIMO TO - NIE MO NA JEJ FORMALNIE ODRZUCIĆ Z UWAGI NA POSTANOWIENIE PKT 11.8 SIWZ.*

Kolejnym powodem takiej sytuacji jest dopuszczenie równowa ności, ale brak

---

opisania parametrów równowa ności w SIWZ. Wykonawca Pol-Aqua próbował z tego skorzystać oferując wykonanie zamówienia na technologii nieporównywalnej - niemniej jednak - z uwagi na brak opisania parametrów równowa ności - ta NIEPORÓWNYWALNOŚĆ nie mo e być wykazana w jednoznaczny sposób przez Zamawiającego - tj. w taki sposób, aby formalnie skutecznie odrzucić ofertę Wykonawcy Pol - Aqua. (pkt 3 Uniewa nienia - naruszenie art. 29 ust 3 Pzp poprzez nie opisanie warunków równowa ności, co w konsekwencji spowodowało zło enie nieporównywalnych ofert).

Na końcu mo na wskazać na bezzasadny wymóg wizji lokalnej, który mógł bezzasadnie ograniczyć konkurencję w przedmiotowym postępowaniu.

Wykonawca Pol-Aqua w bardzo lakoniczny sposób odniósł się do kwestii uniewa nienia postępowania w związku z ww. naruszeniami - w swoim odwołaniu poprzestał na twierdzeniu o tym, e koncepcja technologiczna lub ramowy opis technologii ma charakter wyłącznie pomocniczy - oraz, e koncepcja nie stanowi treści oferty. Wykonawca Pol-Aqua nie opisał jednak - w jaki sposób zamierza spełnić swoje deklaracje w ofercie w zakresie energochłonności i zainstalowanej mocy. W tym zakresie jego oferta jest całkowicie niewiarygodna a umowa podpisana w tym zakresie byłaby niewa na w zw. z art. 387 § 1 k.c. Zgodnie z tym przepisem - Umowa o świadczenie *niemo liwe jest niewa na, natomiast zgodnie z kolejnym przepisem - strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o niemo liwości* świadczenia, *a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, e zawarła umowę nie wiedząc o niemo liwości* świadczenia.

W tym zakresie - Zamawiający posiada wiedzę o tym, e podpisanie umowy z Wykonawcą Pol-Aqua byłoby umową o świadczenie *niemo liwe, w związku z powy szym nie mo e dopuścić do powy szego i ma obowiązek uniknięcia dokonania takiej czynności prawnej.*

II. Zarzut bezzasadnego uniewa nienia postępowania z powodu odrzucenia ofert (w tym oferty Odwołującego) i wykluczenia wykonawców (w tym Odwołującego) z uwagi i nieprzedłu enie terminu związania ofertą oraz z uwagi na brak wezwania do przedłu enia terminu związania ofertą.

Na wstępie nale y wskazać, e Odwołujący nie zaskar ył czynności Zamawiającego polegającej na uniewa nieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z naruszeniem art. 184 Pzp z uwagi na nie wezwanie do przedłu enia wa ności wadium - związanej równie z wykluczeniem z postępowania Konsorcjum Instal - Rem S.A.- Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp. W tym zakresie

---

Odwołujący potwierdził więc prawidłowość czynności Zamawiającego związanej zarówno

z uniewa nieniem postępowania na tej podstawie jak równie związanej z koniecznością wykluczenia wykonawców, którzy nie wnieśli wadium na przedłu ony okres związania ofertą lub nie przedłu yli terminu związania ofertą.

Przechodząc do zarzutów odwołania odnoszących się do oferty Odwołującego - zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłu ony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłu enie okresu związania ofert.

Potwierdzenia wymaga - co równie stwierdził Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o uniewa nieniu postępowania - nie wzywano wykonawców do przedłu enia terminu związania ofertą.

Jednak e Odwołujący pomija istotne elementy, potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a mianowicie:

- brak samodzielnego przedłu enia terminu związania ofertą przez wykonawcę jest równoznaczny z brakiem zgody na przedłu enie okresu związania ofertą w świetle *art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp."*

Zamawiający przytoczył orzecznictwo na potwierdzenie swego stanowiska: Uchwałę KIO/KU 89/12 z dnia 23 listopada 2012r.; wyrok KIO 1367/12 z 13 lipca 2012 r.; wyrok KIO 1804/13 z dnia 3 września 2012 r.; wyrok KIO 1817/12 i KIO 1822/13 z 7 września 2013 r. wyrok KIO 109/13 z dnia 31 stycznia 2013 r.; wyrok KIO 1924/12 z dnia 24 września 2012 r.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, korespondencji w sprawie uzupełnienia dokumentów oferty, powiadomienia o wynikach przetargu, akt sprawy odwoławczej sygn. KIO 2332/13 i 2333/13.

Dokumentacja akt postępowania potwierdza następujący stan faktyczny.

Z ogłoszenia o zamówieniu z dnia 18 lipca 2013 r. oraz z SIWZ wynika, e przedmiotem zamówienia jest modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Łomiankach w systemie zaprojektuj i zbuduj.

Zamawiający dopuścił składanie ofert równowa nych. Minimalnych kryteriów równowa ności nie opisał.

Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych.

19

Kryteria oceny ofert:

Cena – waga 75

Parametry techniczne: zainstalowana moc – waga 5

Parametry techniczne: energochłonność – waga 10

Długość terminu gwarancji – waga 10

SIWZ Część I punkt 11.8 wymagane było przedstawienie koncepcji technologicznej lub ramowego opisu proponowanych przez wykonawców technologii oczyszczania ścieków, dla porównania parametrów w kryterium oceny ofert dla „zainstalowanej mocy" i „energochłonności".

Część I SIWZ punkt 16. Zamawiający dopuścił przekazywanie oświadczeń, wniosków i zawiadomień pisemnie oraz za pośrednictwem faksu. Zamawiający nie dopuścił komunikacji drogą elektroniczną.

Termin związania ofertą reguluje punkt 20 SIWZ z przytoczeniem odnośnych przepisów ustawy Pzp.

Załącznik nr 10 do SIWZ zawiera uszczegółowienie przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie rozbudowy Oczyszczalni Ścieków w Łomiankach.

SIWZ cześć III zawiera opis przedmiotu zamówienia, w tym szczegółowy zakres inwestycji, kierunek rozbudowy i modernizacji Oczyszczalni Ścieków w Łomiankach.

Zamawiający przekazał wykonawcom PFU, wyniki badań geologicznych oraz decyzje administracyjne dot. tej inwestycji.

W formularzu oferty, według załącznika nr 1 do SIWZ, wykonawca był zobowiązany zło yć oświadczenie (punkt 9), e uwa amy się za związanych zło oną ofertą przez 60 dni, licząc od dnia upływu terminu składania ofert.

W formularzu oferty wykonawca składał oświadczenie, e wykona zamówienie zgodnie z SIWZ.

Oferta odwołującego, opiewa na kwotę 28 954 865 zł brutto,
Oferta zło ona przez konsorcjum firm: Instal-Rem S.A. i Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. opiewa na kwotę 29 704 232,13 zł brutto,
Oferta SEEN Technologie Sp. z o.o. cena 30 646 483,20 zł brutto,
W dniu 19 września 2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych „Pol-Aqua" S.A. w Warszawie, jak równie wykonawcę SEEN Technologie Sp. z o.o. w Warszawie, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty zło onej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instal Rem S.A. w

20

Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. w Suwałkach, jak równie o odrzuceniu oferty odwołującego Pol-Aqua.
W dniu 30 września 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołujący Pol-Aqua, jak równie wykonawca SEEN Technologie Sp. z o.o..
Postępowania odwoławcze toczące się na skutek wniesionych odwołań oznaczono odpowiednio: sygn. akt KIO 2332/13, sygn. akt KIO 2333/13.
Odwołujący Pol-Aqua wniósł odwołanie wobec:
1. czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. czynności odrzucenia własnej oferty.
Odwołujący Pol-Aqua zarzucił zamawiającemu naruszenie:
- art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez ich zastosowanie i uznanie, e treść oferty odwołującego Pol-Aqua nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie i wybór innej oferty ni oferta odwołującego Pol-Aqua,
- art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niepodanie pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego Pol-Aqua,
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania, w tym dokonanie oceny oferty odwołującego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 29, art. 36 ust 1 pkt 12, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i innych przepisów Pzp, w tym wymienionych w treści odwołania.
Odwołujący Pol-Aqua wniósł o nakazanie zamawiającemu:
- uniewa nienia czynności odrzucenia oferty zło onej przez odwołującego Pol-Aqua,
- uniewa nienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- uniewa nienia czynności badania i oceny ofert,
- powtórzenia czynności badania ofert i oceny ofert z uwzględnieniem oferty zło onej przez odwołującego Pol-Aqua oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
- wyboru oferty odwołującego Pol-Aqua jako najkorzystniejszej.
Odwołujący SEEN Technologie wniósł odwołanie wobec:

21

---

1. czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. zaniechania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępującego Instal-Rem, względnie zaniechania czynności wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego Instal-Rem,
4. zaniechania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępującego Pol-Aqua,
5. zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego Pol-Aqua.

Odwołujący SEEN zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz art. 26 ust. 2b, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak równie innych przepisów wskazanych w treści odwołania oraz wniósł o nakazanie zamawiającemu:
- uniewa nienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- wykluczenia przystępującego Pol-Aqua, ewentualnie wezwania wykonawcy Pol-Aqua do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w

postępowaniu,
- odrzucenia oferty przystępującego Pol-Aqua,
- wykluczenia przystępującego Instal-Rem, ewentualnie wezwanie ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- odrzucenia oferty przystępującego Instal-Rem.

Wyrokiem z dnia 24 października 2013 r. sygn. akt KIO 2332/13 i KIO 2333/13 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła obydwa odwołania i nakazała zamawiającemu uniewa nienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, uniewa nienie czynność odrzucenia oferty odwołującego Pol-Aqua S.A. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

- wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instal Rem S.A. w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. w Suwałkach, jak równie wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych „Pol-Aqua" S.A. w Warszawie, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, do wyjaśnienia, czy wskazane przez nich w wykazach robót - roboty budowlane dotyczyły zaprojektowania i wybudowania lub rozbudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, stosując typ technologii o przepustowości minimum 20 000 RLM,

- wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instal Rem S.A. w Rzeszowie oraz Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. w Suwałkach, na podstawie art. 26

22

---

ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentów celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 7.1.3.1. SIWZ,
- wezwanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych „Pol-Aqua" S.A. w Warszawie, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentów celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 7.1.3.3. SIWZ.

Odwołujący w treści odwołania przyznał, e zamawiający wykonał powy szy wyrok w odniesieniu do wyjaśnień, wezwań. Pismem z dnia 30 października 2013 r. wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do zło enia wyjaśnień dotyczących dokumentów zło onych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. wykazu robót budowlanych, wyznaczając termin do 4 listopada 2013 r.

Odwołujący, pismem z dnia 31 października 2013 r. zło ył stosowne wyjaśnienia.

Następnie, zamawiający, wykonując wy ej wymieniony wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r., pismem z dnia 5 listopada 2013 r. wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu osób, wyznaczając termin do 8 listopada 2013r.

W odpowiedzi na powy sze wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu osób, odwołujący, pismem z dnia 7 listopada 2013 r. uzupełnił wykaz osób w sposób potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Następnie, zamawiający pismem z dnia 12 listopada 2013 r. wezwał odwołującego do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp, wyznaczając termin do dnia 15 listopada 2013 r. Termin ten został przez zamawiającego przedłu ony do dnia 18 listopada 2013 r.

Odwołujący zło ył wyjaśnienia i uzupełnienia w dniu 18 listopada 2013 r. Zamawiający stwierdził, e wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów, o które wzywał Pol- Aqua uznał za wystarczające, jednak e w trakcie dalszej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dopatrzył się, e wykonawca Pol- Aqua nie spełnia tych e warunków tak e w odniesieniu do innych osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Nie wzywał wykonawcy Pol- Aqua do uzupełnienia dalszych dokumentów podmiotowych albowiem uznał, e z dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp wynika, e gdy oferta wykonawcy Pol-Aqua podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp - to jest zwolniony z obowiązku z wzywania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych.

23

Zamawiający nie przeprowadził oceny ofert wykonawców pod względem zgodności z

SIWZ.
Pismem z dnia 4 grudnia 2013 r. przekazanym za pośrednictwem faksu zamawiający powiadomił o ustalonym wyniku postępowania (uniewa nieniu) w następujący sposób.
„I. Uniewa nienie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia:
Podstawę uniewa nienia przedmiotowego postępowania stanowi art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający uniewa nia postępowanie o udzielenie zamówienia, je eli postępowanie obarczone jest niemo liwą do usunięcia wadą uniemo liwiającą zawarcie niepodlegającej uniewa nieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przedmiotowe postępowanie posiada wady opisane w pkt 1-3 niniejszej części, które są niemo liwe do usunięcia i uniemo liwiają zawarcie niepodlegającej uniewa nieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
Określenie zawarte w art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp - wskazuje na to, e Zamawiający powinien uniewa nić postępowanie w sytuacji, gdy stwierdzi, e jest ono obarczone wadliwością, która uniemo liwia mu zawarcie umowy (niepodlegającej uniewa nieniu). Zamawiający podkreśla, e właśnie w tym postępowaniu - doszło do sytuacji, gdzie art. 93 ust 1 pkt 7 powinien znaleźć zastosowanie. Wady opisane poni ej - doprowadziły do sytuacji, gdy nie ma mo liwości podpisania umowy (niepodlegającej uniewa nieniu) w sprawie zamówienia publicznego.
Ponadto - katalog przesłanek uniewa nienia umowy w sprawie zamówienia publicznego został określony w art. 146 Pzp. Na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp Prezes Urzędu mo e wystąpić do sądu o uniewa nienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, W ocenie Zamawiającego - w niniejszym postępowaniu doszło równie do takiej sytuacji.
Przechodząc do uzasadnienia podstaw uniewa nienia –wskazuję, co następuje:
1. *Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez postawienie wymogu zło enia oświadczenia w zakresie przeprowadzenia „wizji lokalnej" tj. zapoznania się z lokalizacją i warunkami miejscowymi, panującymi na obszarze objętym przedsięwzięciem.*
2. *Zamawiający - w pkt 8) Formularza ofertowego zawarł następujące oświadczenie, które musieli zło yć wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia:*

„8) Oświadczamy, e:
c. zapoznaliśmy się z lokalizacją i warunkami miejscowymi, panującymi na obszarze objętym przedsięwzięciem,
d. dokonaliśmy własnego rozpoznania niezbędnej ilości i charakteru prac.
Było to więc wymaganie polegające na tym, e dany wykonawca - aby zło yć prawdziwe oświadczenie w tym zakresie - musiał udać się (lub wysłać przedstawicieli) na miejsce inwestycji i dokonać osobistego zapoznania z lokalizacją i warunkami miejscowymi i we własnym zakresie dokonać rozpoznania niezbędnej ilości i charakteru prac, tj. samodzielnie doszczegółowić opis przedmiotu zamówienia.
Tymczasem - zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2009r. KIO/1633/09: „zamawiający ustanawiając naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wymóg dokonania wizji, zaniechał prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający obcią ył wykonawców wykonaniem swego ustawowego obowiązku wymagając, aby informacje niezbędne do przygotowania oferty uzyskali w czasie wizji."
Co istotne - zgodnie z tym orzeczeniem: „Art 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty." …Reasumując stwierdzić nale y, e zamawiający stanowiąc o zło eniu oświadczenia o dokonaniu wizji lokalnej naruszył art. 25 ust 1 Pzp oraz przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, wyznaczając 14-dniowy termin na jej odbycie naruszył art. 7 ust 1 Pzp. Zamawiający nie dokonał wymaganego przepisami opisu przedmiotu zamówienia, a wymagał od wykonawców uzyskania podczas wizji rozpoznania niezbędnej ilości i charakteru prac oraz informacji niezbędnych do przygotowania oferty, co stanowi nie tylko naruszenie art. 29 ust 2

Pzp, ale równie łamie zasady wynikające z art. 7 ust 1 Pzp.

Właściwym działaniem zamawiającego winno być pozostawienie mo liwości dokonania wizji wyborowi wykonawców, jako czynności pomocniczej przy przygotowaniu oferty a nie mającej wpływu na jej formalną ocenę, bez ograniczania terminu oraz zamieszczenie w siwz, co najmniej podstawowych informacji niezbędnych do prawidłowego przygotowania (wycenienia) oferty."

W mniejszej sytuacji - Zamawiający co prawda nie wyznaczył 14 dniowego terminu na odbycie wizji, niemniej jednak - wymóg jej przeprowadzenia był bezsprzeczny.

25

Nale y równie podkreślić, e kontrola innych postępowań prowadzonych u Zamawiającego - w odniesieniu do identycznego wymogu - wykazała „Tym bardziej, przy uwzględnieniu treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz konsekwencji ustalenia w niniejszym postępowaniu wynagrodzenia ryczałtowego, ró nicowanie statusu wykonawców, którzy przeprowadzili wizję lokalną i tych wykonawców, którzy zaniechali tej czynności stanowi naruszenie wyra onej w art. 7 uPzp zasady."

Tym samym - Zamawiający - z uwagi na naruszenia opisane na wstępie niniejszego punktu i istniejącą w konsekwencji ich ujawnienia wadę, o której mowa w art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp, która miała wpływ na wynik postępowania (mogła doprowadzić do uniemo liwienia wzięcia udziału w postępowaniu podmiotom spoza województwa mazowieckiego, lub tym, którzy nie mieli konsorcjantów lub przedstawicieli na terenie województwa mazowieckiego) - Zamawiający uniewa nia postępowanie.

2. Naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie wymogu zło enia „Koncepcji technologicznej lub Ramowego opisu proponowanych przez Wykonawców technologii oczyszczania ścieków" *i jednoczesne wprowadzenie elementów mówiących o tym, e przedmiotowa koncepcja lub ramowy opis - nie będą stanowiły podstawy do odrzucenia oferty a informacje w nich zawarte będą stanowiły jedynie funkcje informacyjną i pomocniczą przy ocenie ofert w jednym z kryterium oceny ofert: parametry techniczne.*

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał od wykonawców zło enia wraz z ofertą „Koncepcja technologiczna lub Ramowy opis proponowanych przez Wykonawców technologii oczyszczania ścieków *dla porównania parametrów technicznych w kryterium oceny ofert dla „zainstalowanej mocy" i „energochłonności".*

Jednocześnie - w pkt 11.8. SIWZ - Zamawiający wskazał:

„Koncepcja technologiczna lub Ramowy opis proponowanych przez Wykonawców technologii oczyszczania ścieków *dla porównania parametrów technicznych w kryterium oceny ofert dla „zainstalowanej mocy" i „energochłonności". W/w opracowania nie będą stanowiły podstawy do oceny wiarygodności oferty i jej ewentualnego odrzucenia. Informacje zawarte w niniejszych opracowaniach będą dla Zamawiającego pełniły jedynie funkcje informacyjną i pomocniczą przy ocenie ofert w kryterium: parametry techniczne."*

Jak wynika z tego postanowienia - ww. koncepcja nie mo e stanowić podstawy do odrzucenia oferty (potwierdza to równie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2332/13, KIO 2333/13) wydany w wyniku odwołań dotyczących poprzedniego wyniku oceny ofert.

W przypadku oferty Wykonawcy Pol-Aqua - doszło do sytuacji, e opisała ona w „koncepcji" załączonej do oferty - rozwiązania technologiczne w zakresie oczyszczalni

26

ścieków *- tj. polegające na zastosowaniu komory napowietrzania z nośnikami biomasy - nieporównywalne do wzorcowego sposobu - określonego w Programie Funkcjonalno U ytkowym – tj. technologii podciśnieniowego odgazowania osadu.*

W ocenie Zamawiającego - nie ma mo liwości realizacji umowy w oparciu o zadeklarowaną w „koncepcji" wykonawcy Pol-Aqua technologię, gdy w tym zakresie musiałaby ulec zmianie decyzja środowiskowa *m.in. z uwagi na zapis dotyczący zastosowania instalacji podciśnieniowego odgazowywania osadu czynnego.*

Zamawiający - mając świadomość, *e wprowadzenie wymogu „koncepcji" i określenie jej konsekwencji - spowodowało w niniejszym postępowaniu taką sytuację - uniewa nia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7, gdy obarczone jest niemo liwą do usunięcia wadą uniemo liwiającą zawarcie niepodlegającej uniewa nieniu umowy w*

sprawie zamówienia publicznego. W tym przypadku - wada ta polega na niemo ności odrzucenia oferty Pol-Aqua a zarazem jej realizacji i podpisanie umowy w tym zakresie z tym wykonawcą - doprowadziłoby do znacznych strat - zarówno po stronie Wykonawcy (zainwestowane wielomilionowe środki *w realizację) - jak równie po stronie Zamawiającego (rozpoczęta i nie dokończona inwestycja).*
3. Naruszenie art. 29 ust 3 Pzp poprzez nie opisanie warunków równowa ności, co w konsekwencji spowodowało zło enie nieporównywalnych ofert.
Zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp przedmiotu zamówienia nie mo na opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba e jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie mo e opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równowa ny". W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opisał przedmiot zamówienia z u yciem sformułowania „lub równowa ny", jednak e nie określił kryteriów równowa ności tzn. nie wskazał istotnych parametrów równowa ności, nie opisał parametrów, które będą brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie ofert zawierających rozwiązania równowa ne. W konsekwencji wystąpiła wada uniemo liwiająca dokonanie prawidłowej czynności badania i oceny ofert, a tak e zawarcie niepodlegającej uniewa nieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Znaczenie prawidłowego opisania przedmiotu zamówienia, w tym określenia kryteriów równowa ności podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Wyrok KIO 516/13 z dnia 19 marca 2013 r. (…), Wyrok KIO 2283/12 z dnia 12 listopada 2012 r. (…), Wyrok KIO 2251/12 z dnia 30 października 2012 r. (…),Wyrok KIO 1549/12 z dnia 8 sierpnia 2012r (…).

27

W przedmiotowym postępowaniu pojawiła się wątpliwość w zakresie zgodności z Programem Funkcjonalno - U ytkowym, stanowiącym część opisu przedmiotu zamówienia, rozwiązań zawartych w ofercie Przedsiębiorstwa Robót In ynieryjnych „Pol-Aqua S.A. W celu usunięcia wątpliwości Zamawiający zwrócił się z prośbą o sporządzenie opinii biegłego do dr hab. in . Tadeusza Siwca, prof. SGGW. Zgodnie z treścią opinii z dnia 22.11.2013 r.: „Oferta firmy POL-AQUA jest w zasadzie zgodna z zapisami w PFU w zakresie mechanicznej części oczyszczalni, ciągu osadowego itp. Niezmiernie trudno jest odpowiedzieć na to pytanie w związku z biologiczną częścią oczyszczalni. (...) W nawiasie cytowanego powy ej zdania dodano, e nale y zastosować technologię podciśnieniowego odgazowania osadu lub inną równowa ną. Formalnie nie ma tu równowa ności, ale sprawa dotyczy zupełnie innych zagadnień - Zgęszczenie osadu ma za zadanie zwiększenie intensywności procesów oczyszczania ścieków *i przyspieszenie tego procesu. Wówczas uzyskuje się mo liwość zwiększenia przepustowości komory osadu czynnego przy niezmienionej kubaturze. Natomiast odgazowanie podciśnieniowe osadu w zasadzie wpływa na minimalizację kubatury osadnika wtórnego. Oczywiście podciśnieniowe odgazowanie przyspieszając sedymentację osadu umo liwia zwiększenie stopnia zagęszczenia osadu w komorze osadu czynnego, w tym przypadku reaktora Carrousel. Z tego względu obie odpowiedzi są równoprawne. Reasumując, nadmierne ograniczenie w PFU technologii do podciśnieniowego odgazowywania osadów, a na końcu poszczególnych akapitów, czy rozdziałów dodawanie tekstu o mo liwej równowa ności technologii wprowadziło zamieszanie, z którego nie ma obecnie dobrego wyjścia, W sensie idei zawartej w PFU nie ma równowa ności, ale w sensie formalnym mo na uznać, e równowa ność jest."*
W przedmiotowej opinii biegły stwierdził, e sposób dopuszczenia rozwiązań równowa nych w stosunku do rozwiązań określonych w Programie Funkcjonalno - oceny zgodności oferty U ytkowym spowodował niemo ność dokonania treści Przedsiębiorstwa Robót In ynieryjnych „POL-AQUA" S.A z treścią SIWZ - Opisu Przedmiotu zamówienia. Biegły wskazał, e w zakresie oceny idei rozwiązań z oferty Wykonawcy POL-AQUA nie jest zachowana równowa ność. Natomiast w sensie formalnym -wobec braku określenia w SIWZ kryteriów równowa ności - nale y uznać, e równowa ność jest zachowana. Utrzymując obecne postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający miałby obowiązek dopuścić rozwiązania ka dego w wykonawców, który wskazałby, e są one równowa ne do rozwiązań określonych w SIWZ. Prowadziłoby to jednak do naruszenia zasady jednoznaczności przedmiotu

zamówienia wyra onej w art. 29 ust 1 Pzp jak równie - doprowadziłoby w konsekwencji do wyboru oferty, która nie nadaje się do realizacji w związku z rzeczywistymi potrzebami

28

Zamawiającego. Wyrok KIO 1217/13 z dnia 12 czerwca 2013 r., (…).Wyrok KIO 34/11 z dnia 19 stycznia 2011 r., Wyrok KIO 732/13 z dnia 12 kwietnia 2013 r. (…).
W niniejszym przypadku - Zamawiający nie ma mo liwości odrzucenia oferty Pol-Aqua, gdy nie opisał warunków równowa ności i nie ądał adnych oświadczeń w tym e Wykonawca ten zakresie, a jednocześnie - posiada informacje wskazujące na to,
zało ył inny sposób realizacji zamówienia, nieporównywalny do zakładanego w Programie Funkcjonalno U ytkowym.
Tym samym-Zamawiający stwierdził, e postępowanie to obarczone jest niemo liwą do usunięcia wadą uniemo liwiającą zawarcie niepodlegającej uniewa nieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym przypadku - wada ta polega na (analogicznie jak w pkt 2) - niemo ności odrzucenia oferty Pol- Aqua a zarazem jej realizacji i podpisaniu wa nej umowy (mo liwej do realizacji) w tym zakresie z tym wykonawcą.
II. Uniewa nienie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 Pzp i art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp z uwagi na upływ terminu związania ofertą wszystkich ofert i konieczność wykluczenia wszystkich wykonawców:
Przed upływem terminu związania ofertą, aden z Wykonawców, którzy zło yli oferty (biorących udział) w przedmiotowym postępowaniu nie przedłu ył terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907). Wobec powy szego, Zamawiający - działając na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), wyklucza z postępowania wszystkich wykonawców, którzy zło yli oferty w (biorących udział) w przedmiotowym postępowaniu tj. Wykonawców:
1) Konsorcjum firm: Instal - Rem SA, ul, Hanasiewicza 19, 35-103 Rzeszów (Lider), Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A., ul. Przytorowa 9,16-400 Suwałki (Partner),
2) Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych „POL-AQUA" SA, ul A, Branickiego 15, 02-972 Warszawa,
3) SEEN Technologie Sp. z o.o., ul. Siennicka 29, 04-394 Warszawa.
Zgodnie z pkt. 20.1 SIWZ Wykonawca pozostaje związany zło oną ofertą przez 60 dni. Na podstawie pkt 20.2. SIWZ bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Zgodnie z pkt. 22.1. SIWZ termin składania ofert został wyznaczony nadzień 07.08.2013 r. godz. 12:00.
Termin związania ofertą upływał więc 5.10.2013 r. (licząc 60 dni zgodnie z art. 85 ust. 5 Pzp). Ponadto biorąc pod uwagę, e na zasadzie art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień

29

---

publicznych w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia, nale y stwierdzić, e w stosunku do Wykonawców termin związania ofertą upłynął z końcem dnia:
1) Konsorcjum firm: Instal - Rem SA; Przedsiębiorstwo Ekolobud SA - 29.10.2013 r. (60 dni od 07.08.2013r. od godz. 12:00, z uwzględnieniem zawieszenia biegu terminu odwołań wykonawców do Prezesa związania ofertą od 30.09.2013 r. - wniesienie Krajowej Izby Odwoławczej, do 24.10.2013r. - ogłoszenie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej),
2) Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych „POL-AQUA" SA - 29.10.2013r, (60 dni od 07.08.2013 r. od godz. 12:00, z uwzględnieniem zawieszenia biegu terminu związania ofertą od 30.09.2013 r. - wniesienie odwołań wykonawców do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do 24.10.2013 r. - ogłoszenie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej),
3) SEEN Technologie Sp. z o.o. - 29.10.2013r. (60 dni od 07.08.2013r. od godz. 12:00, z uwzględnieniem zawieszenia biegu terminu związania ofertą od 30.09.2013 r. - wniesienie odwołań wykonawców do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do 24.10.2013 r. -

ogłoszenie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej).
Konsorcjum firm: Instal - Rem SA; Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. zło yło oświadczenie z dnia 28.10.2013 r. o przedłu eniu terminu związania ofertą, jednak e nie mo e ono być uznane za skuteczne, gdy wpłynęło do Zamawiającego w dniu 19.11.2013r. tj. po upływie terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 61 § 1 kodeksu cywilnego oświadczenie woli, które ma być zło one innej osobie, jest zło one z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, e mogła zapoznać się z jego treścią. Wadium równie zostało wniesione po upływie terminu tj. w dniu 20.11.2013 r. W konsekwencji nale y uznać, e Wykonawca nie wniósł wadium na przedłu ony okres związania ofertą (wskutek zawieszenia terminu związania ofertą) a ponadto nie przedłu ył terminu związania ofertą (po upływie terminu zawieszenia terminu związania ofertą).
Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych „POL-AQUA" S.A. nie zło yło oświadczenia o przedłu eniu terminu związania ofertą.
SEEN Technologie Sp. z o.o. - nie zło yła oświadczenia o przedłu eniu terminu związania ofertą,
Z uwagi na powy sze - po analizie orzecznictwa, w szczególności orzeczeń KIO 1804/12, KIO/KU 89/12, KIO 1822/12, KIO 1924/12, KIO 2020/12, KIO 109/13, KIO 346/13, KIO 1370/13

30

- Zamawiający wyklucza wszystkich ww. Wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp a ponadto odrzuca oferty wszystkich ww. Wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp (por. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej KIO/KD/46/10).
W związku z powy szą sytuacją - Zamawiający dokonuje równie uniewa nienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.
Zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp - wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego mo e przedłu yć termin związania ofertą, z tym e zamawiający mo e tylko raz co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą zwrócić się do wykonawców o wyra enie zgody na przedłu enie tego terminu o oznaczony okres, nie dłu szy jednak ni 60 dni. Zamawiający nie wezwał do przedłu enia terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 184 Pzp - Zamawiający, nie później ni na 7 dni przed upływem wa ności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłu enia wa ności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Je eli odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwanie kieruje się jedynie do wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy Konsorcjum Ekolobud do przedłu enia wa ności wadium.
Zamawiający ma obowiązek dopełnienia wszystkich czynności w celu doprowadzenia do udzielenia zamówienia publicznego - w wyniku czego przedmiotowe zaniechania - Zamawiającego mo na zakwalifikować jako wady uniemo liwiające zawarcie wa nej umowy. Wady te mają charakter trwały, nieusuwalny. Wadą, która uniemo liwia zawarcie umowy jest obiektywna niemo ność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, z jaką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Przedłu enie terminu związania ofertą ma podstawowe znaczenie dla Wykonawcy, bowiem determinuje jego dalsze uczestnictwo w postępowaniu w sytuacji, gdy pierwotny termin związania ofertą kończy się, a postępowanie nie zostało jeszcze rozstrzygnięte. Jednocześnie podkreślenia wymaga, e sami Wykonawcy równie nie wystąpili o przedłu enie terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 PZP. W tym miejscu warto zauwa yć, e udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga nale ytej staranności wykonawcy obejmującej zapobiegliwość dla ochrony swoich praw w postępowaniu i polega m.in. na utrzymaniu stanu związania ofertą. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 września 2012 r. KIO1924/12). Niemniej jednak - Zamawiający powinien dopełnić wszelkich formalności, w tym równie wezwania do przedłu enia terminu związania ofertą.

31

Zgodnie z postanowieniami SIWZ Wykonawcy byli zobowiązani do wniesienia w przedmiotowym postępowaniu wadium w wysokości 500 tyś. złotych. Wniesienie

odwołania po terminie składania ofert powoduje faktyczną konieczność przedłu enia wa ności wadium lub wniesienia wadium na przedłu ony termin związania ofertą. Wykonawca Ekolobud - co prawda przedłu ył termin wa ności wadium, ale dokonał tego po terminie. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, których oferty nie zostały nale ycie zabezpieczone wadium, godzi w obowiązujący w tym zakresie porządek prawny. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 12.03.2008 r. sygn. 168/08 „Izba uznała, e naruszenie art. 181 ust. 2a ustawy Pzp poprzez zaniechanie Zamawiającego wezwania wykonawców do przedłu enia wa ności wadiów mo e stanowić przesłankę uniewa nienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt. 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, pod warunkiem wykazania, e postępowanie obarczone jest wadą uniemo liwiającą zawarcie wa nej umowy." Tym samym - równie w przedmiotowej sytuacji mo e równie zachodzić taka przesłanka. Reasumując - w niniejszej sytuacji - konsekwencją braku wezwania do przedłu enia terminu związania ofert oraz braku wezwania o przedłu enia wa ności wadium, mo e być sytuacja polegająca na tym, e Zamawiający zmuszony był wykluczyć wszystkich wykonawców. Zgodnie z art. 24 ust. Z pkt 2 PZP - Wykonawcy, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłu ony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłu enie okresu związania ofertą podlegają wykluczeniu z postępowania a ich oferty na podstawie art. 24 ust. 4 PZP nale y uznać za odrzucone.
W nawiązaniu do powy szego - nale ało równie uznać, e wszystkie czynności dokonane w postępowaniu w ramach badania i oceny ofert - po upływie terminu związania ofertą (z uwzględnieniem okresu zawieszenia) są niewa ne.
W związku z powy szym Zamawiający stwierdza, e Wykonawcy: Konsorcjum firm; Instal - Rem SA; Przedsiębiorstwo Ekolobud SA, Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych „POL-AQUA" S.A. oraz SEEN Technologie Sp. z o.o. podlegają dodatkowo wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj.: (…)
2) Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych „POL-AQUA" S.A. - brak potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt. 7.1.2.3 - brak potwierdzenia, e wykazane roboty obejmowały zastosowanie technologii o przepustowości minimum 20 000 RLM,

- *brak potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt 7.1.3.1. SWIZ - Projektant, Nie wykazano, e p. Wacław P. spełnia wymóg posiadania uprawnień budowlanych do*

projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych uprawniających do projektowania obiektu budowlanego będącego przedmiotem zamówienia,

- *brak potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt. 7.1.3.3 SWIZ - Kierownik budowy, nie wykazano, e p. Janusz K. spełnia wymóg posiadania co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego (licząc do dnia składania ofert), w tym co najmniej 5 lat na stanowisku kierownika budowy z zakresu budowy lub rozbudowy (przebudowy) lub modernizacji oczyszczalni* ścieków *(min. 3 Kontrakty) (wskazanie z wyroku KIO 2333/13),*
- *brak potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt. 7.1.3.4. SWIZ - Kierownik robót budowlanych. Nie wykazano, e p. Wiesław S. spełnia wymóg posiadania co najmniej 5 lat doświadczenia (licząc do dnia składania ofert) na stanowisku kierownika robót budowlanych z zakresu budowy lub rozbudowy (przebudowy) lub modernizacji oczyszczalni* ścieków *(min. 2 kontrakty),*
- *brak potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt. 7.1.3.5. SWIZ - Kierownik Robót Sanitarnych. Nie wykazano, e p. Rafał N. spełnia wymóg posiadania co najmniej 5 lat doświadczenia (licząc do dnia składania ofert) na stanowisku kierownika robót sanitarnych z zakresu budowy sieci kanalizacji sanitarnej i/lub sieci wodociągowej i/lub oczyszczalni* ścieków *(min. 2 kontrakty),*
- *brak potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt. 7.1.3,6. SWIZ - Kierownik Robót Elektrycznych i AKPiA, Nie wykazano, e p. Krzysztof Z. spełnia wymóg posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych uprawniających do kierowania robotami*

elektrycznymi lub elektroenergetycznymi,

- niewykazanie potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu

- niewskazanie sposobu udostępnienia poszczególnych pracowników przez podmioty trzecie - Załącznik nr 8 do SIWZ - Oświadczenie wykonawcy nr 5 (wskazanie z wyroku KIO 2333/13 str. 29). (…).

- Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp - je eli oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu - Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 Pzp w związku z powy szym - Zamawiający odstąpił od powy szego i wykluczył Wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

33

- Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 5) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), Zamawiający, odrzuca oferty wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

- Ponadto oferta Wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych „POL-AQUA S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niewa na na podstawie odrębnych przepisów, tj. art. 104 kc. w zw. z art. 58 § 1 k.c. W pełnomocnictwie dla Pana Tomasza M. - s. 50 oferty - wskazano „... dla przetargu nieograniczonego zadanie pn. „Modernizacja i rozbudowa Oczyszczalni ścieków w Łomiankach - sygnatura sprawy JRP/ZW1K/ZP/PN-B/flS/83/12/2012" - jest to postępowanie, które odbyło się poprzednio i które zostało uniewa nione. Zgodnie z art. 104 k.c. zdanie pierwsze, jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest niewa na. Natomiast na podstawie art. 58 § 1 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest niewa na, chyba e właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, i na miejsce niewa nych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy.

- W tym zakresie równie - zgodnie z art. 26 ust 3 Pzp - je eli oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu - Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do uzupełnienia dokumentów lub pełnomocnictw na podstawie art. 26 ust 3 Pzp w związku 7 powy szym - Zamawiający odstąpił od powy szego i wykluczył Wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Biorąc pod uwagę powy sze postępowanie nale y uniewa nić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, e w postępowaniu nie zło ono adnej oferty niepodlegającej odrzuceniu jak równie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp z uwagi na to, e obarczone jest niemo liwą do usunięcia wadą,

uniemo liwiającą zawarcie niepodlegającej uniewa nieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Reasumując - w związku z opisanymi powy ej podstawami - Zamawiający - zdecydował się uniewa nić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp, w związku ze stanem faktycznym opisanym powy ej."

Zamawiający wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dodatkowych dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie tj.:

1) schematu technologicznego z koncepcji wykonawcy Pol-Aqua opisującego przewidziany sposób technologii oczyszczania ścieków;

34

---

2) schematu z PFU opisującego przewidziany sposób technologii oczyszczania ścieków;

3) załącznika nr 2 do odpowiedzi – ujęcia tabelarycznego w zakresie wewnętrznych sprzeczności i konieczności zmian w ofercie Pol-Aqua wraz z zestawieniem mocy z koncepcji Pol-Aqua (zamawiający uwa ał, e nie wszystko zostało ujęte w ofercie Pol-Aqua do obliczenia współczynnika energochłonności a tak e obliczenia mocy);

4) planu sytuacyjnego z koncepcji Pol-Aqua – potwierdzającego, e wykonawca zastosował inną technologię, inny sposób wykonania Opisu zamówienia; technologicznego Oczyszczalni Ścieków w Łomiankach wg. PFU i koncepcji odwołującego Pol-Agua, gdy ró nice tej technologii są bezsporne,

5) decyzji z 04.05.2011 r. Burmistrza Łomianek o środowiskowych uwarunkowaniach dla wykazanie, e przyjęcie koncepcji Pol-Aqua wymagałoby zmiany tej decyzji;

koncepcja Pol-Aqua przewiduje brak instalacji podciśnieniowego odgazowania osadu a przewiduje jedynie napowietrzanie; decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach danej Nr GKO inwestycji wydana przez Burmistrza Łomianek 7335/10 z dnia 4 maja 2011r.; wraz z pismem Burmistrza Łomianek Nr z dnia 4 maja 2011 r. zawierającym charakterystykę planowanego przedsięwzięcia, była udostępniona wykonawcom w materiałach przetargowych – str. 84 PFU. Okoliczność powy sza jest bezsporna;

6) zestawienia schematów technologicznych wg PFU i wg koncepcji Pol-Aqua - wykazującego ró nice. Podstawową ró nicą technologiczną stanowi równie brak wie y podciśnieniowego odgazowywania osadów i pomp ciśnieniowych, poniewa przy technologii przewidzianej przez Pol-Aqua urządzenia te nie byłyby potrzebne.

Izba nie dopuściła ww. dowodów, poniewa w ocenie Izby są to dowody na okoliczność podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Pol-Aqua, jako niezgodnej z opisem SIWZ, a więc opisem PFU. Zdaniem Izby, na podstawie tak sformułowanych zarzutów zamawiający mógł odrzucić tę ofertę przed uniewa nieniem postępowania, jako niezgodną z treścią SIWZ - PFU. Ponadto zamawiający mógł równie rozwa yć kwestię ewentualnej wariantowości tej oferty - czego nie dopuścił w SIWZ.

Izba jest uprawniona aby odnosić się do czynności zamawiającego nakazanych ustawą jak stanowi art. 180 ust. 1 Pzp, względnie do zaniechanych czynności nakazanych ustawą. Izba nie mo e oceniać zamierzeń zamawiającego w sferze podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy, a do poglądów zamawiającego w tym zakresie mo e odnosić się jedynie w kontekście odrzucenia oferty wykonawcy, która to czynność podlegałaby wówczas ocenie w oparciu o dowody – takie, jakie zgłosił

zamawiający, gdyby czynność taka została dokonana i legła równie u podstaw uniewa nienia postępowania.

Zamawiający stwierdził jedynie, e oferta Pol-Aqua kwalifikuje się do odrzucenia, lecz czynności takiej nie przeprowadził.

Ponadto wnioskowane dowody nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem odwołanie nie dotyczy odrzucenia oferty odwołującego - jako niezgodnej z SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza zwa yła, co następuje:

W ocenie Izby, spełnione zostały przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Oferta została odrzucona, zaś była ofertą, która w świetle kryteriów oceny ofert mogła być uznana za najkorzystniejszą. Potwierdzenie się zarzutów, i zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu uniewa nienia tej czynności, czego skutkiem mogłoby być uzyskanie przez odwołującego zamówienia. Szkoda, jaką wykonawca mógłby ponieść wyra a się natomiast w utracie korzyści wią ących się z uzyskaniem zamówienia.

Zarzutem podstawowym było objęte wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty z powodu braku przedłu enia okresu związania ofertą, zatem stwierdzenie, i z tego powodu wykonawca utracił legitymację czynną, jak postulował zamawiający - byłoby równoznaczne z uchyleniem się od rozpatrzenia zasadniczego zarzutu odwołania.

Przechodząc do rozpatrzenia odwołania, Izba stwierdziła, i zarzut o nieprawidłowym wykonaniu wyroku Izby z dnia 24 października 2013 r. sygn. akt KIO 22332/13 i 2333/13 nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nakazała powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty odwołującego. Nie nakazała natomiast wyboru oferty odwołującego. Zamawiający wykonał czynności, zgodnie z wskazaniami powołanego wyroku. Potwierdził się fakt - nie dokonania oceny ofert pod względem ich zgodności z SIWZ. W toku ponownej oceny ofert, do wykonywania której zamawiający przystąpił – mogą zostać ustalone inne przyczyny wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy te odrzucenia jego oferty, których pierwotnie zamawiający nie dostrzegł. Upływ terminu związania ofertą wynikał natomiast z nowych okoliczności, które zamawiający zobowiązany był uwzględnić.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy do przedłu enia okresu związania ofertą i bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba miała na uwadze

regulację art. 85 ust. 2 Pzp - wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego

36

---

mo e przedłu yć termin związania ofertą, z tym, e zamawiający mo e tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą zwrócić się do wykonawców o wyra enie zgody na przedłu enie tego terminu o oznaczony okres, nie dłu szy jednak ni 60 dni.

Przepis powy szy nale y interpretować w ten sposób, i mo liwość zwrócenia się zamawiającego do wykonawców o wyra enie zgody na przedłu enie tego terminu – dotyczy wyłącznie jednokrotnego dokonania tej czynności. Je eli postępowanie przetargowe jest kontynuowane po upływie wyznaczonego terminu związania ofertą, obowiązkiem zamawiającego jest wystąpienie do wykonawców o zło enie wią ącego oświadczenia o przedłu eniu terminu związania ofertą.

Wykonawca uczestniczący w przetargu publicznych, nie mo e bowiem być zmuszany do tego aby przez okres bli ej niesprecyzowany liczył się z wyborem własnej oferty, rezerwował w tym celu potencjał wykonawczy przez niewiadomo jak długi czas np. kilkumiesięczny okres prowadzenia postępowania, (w tym przypadku od 18.07.2013 r.). Zarówno ogólna sytuacja rynkowa, jak i portfel zamówień wykonawcy mo e ulec takim zmianom, e wykonawca nie będzie zainteresowany dalszym uczestnictwem w danym przetargu i zawarciem umowy po proponowanej cenie, gdyby nawet zamawiający wybrał jego ofertę.

Jednocześnie zdarza się, e pomimo jednokrotnego przedłu enia okresu związania ofertą - na wniosek zamawiającego, postępowanie nadal pozostaje nierozstrzygnięte. Szczególnie w takim przypadku, ustawodawca przewidział inicjatywę wykonawcy, który mo e samodzielnie zło yć oświadczenie o przedłu eniu okresu związania swoją ofertą. Izba nie dostrzega te nieprawidłowości w tym, aby wykonawca działając zapobiegliwie, we własnym interesie mógł ka dorazowo samodzielnie przedłu yć okres związania ofertą – je eli stwierdza, e jego upływ mógłby powodować dla niego niekorzystne konsekwencje.

Obowiązek zamawiającego jednokrotnego zwrócenia się do wykonawców o wyra enie zgody na przedłu enie okresu związania ofertą, nale y wywodzić równie z tego, e w przypadku składania odwołań, zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp, okres ten ulega zawieszeniu na czas rozpatrzenia odwołania, zatem w szczególności oferenci nie będący uczestnikami postępowania odwoławczego, mogliby stracić orientację, co do tego - do jakiej daty są związani zło oną ofertą.

W ka dym razie zarówno odwołujący, jak i zamawiający zgodnie twierdzili, i jednokrotne wezwanie wykonawcy do przedłu enia okresu związania ofertą jest ustawowym obowiązkiem zamawiającego, trafnie wywiedzionym z treści art. 85 ust. 2 w

37

---

związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w przytoczonym w odwołaniu postanowieniu Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10), w którym wskazano: *„Przechodząc więc do dalszych zarzutów skargi zamawiającego, w szczególności interpretacji art. 24 ustęp 2 pkt 2 Pzp, to Sąd Okręgowy równie podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dokonanej przez nią interpretacji tej e normy prawnej. Stosownie do treści art. 24 ustęp 2 punkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się równie wykonawców, którzy (...) nie zgodzili się na przedłu enie okresu związania ofertą. Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost, i wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się na przedłu enie okresu związania ofertą, co oznacza, i zastosowanie tego przepisu mo liwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyra enie takiej zgody. W przypadku zaś, kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał brak jest podstaw dla stwierdzenia, i nie wyraził on zgody, nie zgodził się, na przedłu enie okresu związania ofertą.”*

Okoliczność przyznaną stanowiło, e zamawiający zaniechał obowiązkowej czynności jednokrotnego wezwania odwołującego i pozostałych wykonawców do przedłu enia terminu związania ofertą.

Odwołujący nie kwestionował te ustaleń faktycznych dokonanych przez

zamawiającego w piśmie z dnia 4 grudnia 2013 r. dotyczących obliczenia terminu związania ofertą, tj.: „Zgodnie *z pkt. 20.1 SIWZ Wykonawca pozostaje związany zło oną ofertą przez 60 dni. Na podstawie pkt 20.2. SIWZ bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Zgodnie z pkt. 22.1. SIWZ termin składania ofert został wyznaczony nadzień 07.08.2013 r. godz. 12:00. Termin związania ofertą upływał więc 5.10.2013 r. (licząc 60 dni zgodnie z art. 85 ust. 5 Pzp). Ponadto biorąc pod uwagę, e na zasadzie art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia, nale y stwierdzić, e w stosunku do Wykonawców termin związania ofertą upłynął z końcem dnia:*

1) Konsorcjum firm: Instal - Rem SA; Przedsiębiorstwo Ekolobud SA - 29.10.2013 r. (60 dni od 07.08.2013 r. od godz. 12:00, z uwzględnieniem zawieszenia biegu terminu związania ofertą od 30.09.2013 r. wniesienie odwołań wykonawców do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do 24.10.2013r. - ogłoszenie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej),

2) Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych „POL-AQUA" SA - 29.10.2013 r. (60 dni od 07.08.2013 r. od godz. 12:00, z uwzględnieniem zawieszenia biegu terminu związania

ofertą od 30.09.2013 r. - wniesienie odwołań wykonawców do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do 24.10.2013 r. - ogłoszenie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej),

3) SEEN Technologie Sp. z o.o. - 29.10.2013 r. (60 dni od 07.08.2013 r. od godz. 12:00, z uwzględnieniem zawieszenia biegu terminu związania ofertą od 30.09.2013 r. - Odwoławczej, do wniesienie odwołań wykonawców do Prezesa Krajowej Izby 24.10.2013r. - ogłoszenie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej).

Konsorcjum firm: Instal - Rem SA; Przedsiębiorstwo Ekolobud S.A. zło yło oświadczenie z dnia 28.10.2013 r. o przedłu eniu terminu związania ofertą, jednak e nie mo e ono być uznane za skuteczne, gdy wpłynęło do Zamawiającego w dniu 19.11.2013r. tj. po upływie terminu związania ofertą. Zgodnie z art. 61 § 1 kodeksu cywilnego oświadczenie woli, które ma być zło one innej osobie, jest zło one z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, e mogła zapoznać się z jego treścią."

Powy sze oznacza, e według niekwestionowanych ustaleń zamawiającego, okres związania ofertą wykonawcy Pol-Aqua upłynął dnia 29 października 2013 r. o godzinie 24:00.

Zgodnie, zatem z przytaczanym przepisem art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający najpóźniej dnia 26 października 2013 r. (co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą) zobowiązany był wystąpić do wykonawców o przedłu enie tego terminu, czego bezpodstawnie zaniechał. Odwołującemu przysługiwało odwołanie zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp od zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Termin na zaskar enie przedmiotowego zaniechania zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp wynosił 10 dni od dnia, w którym powzięto, lub przy zachowaniu nale ytej staranności mo na było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Termin na zaskar enie odwołaniem zaniechania wezwania - liczony od 27 października 2013 r. upłynął bezskutecznie 5 grudnia 2013 r. Je eli nawet terminy te nie są skorelowane, to nie mniej mo liwe jest zaskar enie bezczynności zamawiającego, przed upływem uprzedniego terminu związania ofertą.

Jednocześnie, skoro czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jest nierozerwalnie związana z uprzednim wezwaniem przez zamawiającego w trybie art. 85 ust. 2 Pzp, ograniczenie rozpatrywania tej kwestii wyłącznie do podanej podstawy wykluczenia - i liczenie terminu zaskar enia od daty powiadomienia o wykluczeniu - nie znajduje podstaw.

W przekonaniu Izby, przy przyjęciu wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, i zastosowanie tej normy mo liwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyra enie zgody na przedłu enie terminu

związania ofertą, z uwagi na skutki odmowy wyra enia zgody wprost, (lub z braku

udzielenia odpowiedzi) - w postaci wykluczenia z postępowania, nie mo liwe byłoby ustalenie braku interesu wykonawcy do wniesienia odwołania - wobec ewentualności samodzielnego zło enia oświadczenia o przedłu eniu okresu związania ofertą, skoro mo liwość ta, co do zasady dotyczy dalszego przedłu ania terminu związania ofertą, dokonywaną po wyczerpaniu tej procedury na wniosek zamawiającego, tj. wówczas, kiedy zamawiający nie ma prawa zapytywać o to wykonawcy. Ka de zaniechanie zamawiającego, które mo e dla wykonawcy powodować negatywne konsekwencje, w celu im zapobie enia - powinno być objęte odwołaniem wniesionym z zachowaniem terminu, pod rygorem utraty uprawnień do podnoszenia tych e zarzutów w dalszym toku procedury przetargowej.

Zarzut, jako podniesiony z uchybieniem terminu nie podlegał rozpoznaniu. Wniesienie odwołania wobec zaniechania czynności wezwania - dopiero w dniu 13 grudnia 2013 r. nale ało uznać za spóźnione. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, je eli stwierdzi, e zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Odwołanie w części, w jakiej odwołujący Pol-Aqua zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 85 ust. 2 w związku z 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp podlegało zatem odrzuceniu. Jednak e wobec braku mo liwości wydania przez Izbę orzeczenia częściowego, w orzecznictwie Izby utrwalił się pogląd, i wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania mo liwe jest wyłącznie w przypadku, gdy aden z podnoszonych zarzutów nie mo e być przez Izbę rozpoznany z powodów określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W przeciwnym wypadku Izba rozpoznaje odwołanie, z tym e zarzuty, co do których zachodzą okoliczności wymienione w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - stosowanym odpowiednio - jako spóźnione nie polegają merytorycznemu rozpoznaniu.

Nawet, gdyby uznać, e z braku uprzedniego wezwania, nie było podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp, to i tak nie mo na było pominąć, e zamawiający jako drugą podstawę prawną - odrzucenia oferty odwołującego - z przyczyny braku zło enia oświadczenia o przedłu eniu terminu związania ofertą - wskazał art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. jej niezgodność z ustawą.

Termin związania ofertą przynale y do istotnych elementów oferty w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. W tym postępowaniu wykonawca, nie tylko poprzez akceptację postanowień SIWZ, ale w samym formularzu oferty (pkt 9) składał oświadczenie, i pozostaje związany ofertą przez okres 60 dni. Zmiana terminu związania ofertą stanowi zmianę treści oferty, wymaga pod rygorem niewa ności formy pisemnej, a nie mo e być wywodzona w sposób dorozumiany.

40

Przepisy Kodeksu cywilnego zgodnie z art. 14 ustawy Pzp mają zastosowanie do czynności zamawiającego oraz wykonawców, jedynie w zakresie nieuregulowanym ustawą Pzp. Stosownie do wskazań art. 82 ust. 2 ustawy Pzp ofertę składa się pod rygorem niewa ności, w formie pisemnej (…). Zmiana treści oferty dla swej wa ności wymaga bezwzględnie formy pisemnej. Izba przy tym nie neguje, e samo powiadomienie zamawiającego o przedłu eniu okresu związania ofertą mogło być przekazane w sposób ustanowiony w art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, tj. pisemnie lub za pośrednictwem faksu zgodnie z warunkami SIWZ, i stawało się skuteczne z chwilą, gdy zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią.

Wobec jednoznacznego pisemnego oświadczenia o związaniu ofertą przez okres 60 dni od wyznaczonej daty jej zło enia, brak jest jakichkolwiek podstaw do wywodzenia dorozumianej zgody na przedłu enie okresu związania ofertą w oparciu o zachowania faktyczne odwołującego (art. 60 K.c.), mogące wskazywać na zamiar dalszego uczestnictwa w przetargu. Oferta bez przerwy powinna podlegać okresowi związania. Deklarowana w odwołaniu przez pełnomocnika procesowego, wola wykonawcy związania treścią zło onej oferty nie jest miarodajna. Biorąc ponadto pod uwagę zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp), stanowisko odwołującego Izba uznała, zatem za nietrafne.

Nie mo na było równie zgodzić się z zarzutami odwołującego, e zamawiający celowo opieszale i wielokrotnie wzywał wykonawców do wyjaśnień oraz uzupełniania dokumentów, aby doprowadzić do upływu okresu związania ofertą. Wynikało to bowiem ze wskazań uzasadnienia wyroku Izby z dania 24 października 2013 r. sygn. akt KIO

2332/13 i KIO 2333/13, gdzie Izba uznała, e: *„w omawianej sytuacji wystarczającym będzie wezwanie obu wykonawców do zło enia wyjaśnień dotyczących dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający w wykonaniu wyroku Izby wezwie wykonawców do wyjaśnienia, czy wskazane przez nich w wykazach robót roboty budowlane dotyczyły zaprojektowania i wybudowania lub rozbudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych, stosując typ technologii o przepustowości minimum 20 000 RLM. Dopiero zaś, je eli ocena uzyskanych wyjaśnień wraz z dokumentami ju zło onymi na potwierdzenie spełnienia warunku doprowadzi do wniosku, e wykonawcy nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający wezwie wykonawców do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp."*

Izba nie dopatrzyła się zatem w działaniach zamawiającego czynów o znamionach nadu ycia prawa podmiotowego, naruszających art. 5 K.c. Zamawiający był zobowiązany postępować zgodnie z ww. wyrokiem.

41

Izba w tym składzie, podziela poglądy o doniosłym znaczeniu utrzymywania oferty wykonawcy w stanie związania jej treścią, przynajmniej a do wyboru oferty, a zasadniczo do zawarcia umowy, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby, miedzy innymi, sygn. akt: KIO 1804/12, KIO/KU 89/12, KIO 1822/12, KIO 1924/12, KIO 2020/12, KIO 109/13, KIO 346/13, KIO 1370/13. Instytucja związania ofertą chroni zamawiającego (oblata) i do momentu upływu związania ofertą przyznaje mu prawo ądania zawarcia umowy. Nie budzi wątpliwości, i wybór oznaczonej oferty – jako najkorzystniejszej - winien nastąpić w terminie związania ofertą, czyniącą zadość obowiązkowi utrzymania ciągłości tego terminu, przez czas trwania postępowania.

W przypadku zawierania umowy w drodze przyjęcia oferty przez oblata opisanego w ww. przepisach K.c., jak te w przypadku przetargu publicznego, gdzie następuje wybór najkorzystniejszej oferty (skutkujący nie bezpośrednim nawiązaniem stosunku umownego ale powstaniem zobowiązania i tym samym roszczenia do odrębnego zawarcia umowy), dla wywarcia przez ofertę i jej wybór lub przyjęcie, wskazanych wy ej skutków prawnych, konieczne jest aby oferent pozostawał nią związany.

Zgodnie z postanowieniami art. 66 K.c. oświadczenie woli stanowi ofertę, jeśli zawiera istotne postanowienia umowy i ma charakter stanowczy. Przy czym oświadczenie wią e oferenta przez czas przez niego wskazany - w tym okresie adresat oferty (oblat) mo e zło yć oświadczenie o przyjęciu oferty, przez co dochodzi do zawarcia umowy. Związanie jest więc wcią koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty (vide: Komentarz do art. 66 kodeksu cywilnego, [w:] B. Giesen, W.J. Katner, P. Księ ak, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świderski, M. Wojewoda, Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz, LEX, 2009).

Analogicznie stanowisko, co do znaczenia instytucji związania ofertą zajęli przedstawiciele doktryny w publikacji „Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449", pod. red. K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2011, gdzie na str. 384, w komentarzu do art. 66 K.c., wskazano: *„Oferent jest swą ofertą związany (art. 66 § 1 in fine), w następstwie czego adresat oferty mo e poprzez jej przyjęcie doprowadzić do zawarcia umowy",* [natomiast w przypadku przetargu publicznego, oczekiwać zawarcia umowy po wyborze oferty jako najkorzystniejszej]. I dalej: *„W okresie związania ofertą, oferent musi pozostawać w stanie gotowości do wykonania umowy, licząc się z przyjęciem oferty przez oblata. Sytuacje tego rodzaju są zwykle bardzo ucią liwe. Stąd najczęściej związanie oferenta trwa tylko przez oznaczony czas, po upływie którego oferta wygasa."* Tym samym staje się ona „byłą" ofertą, a nie wią ącym oferenta oświadczeniem woli o gotowości zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach. Ponadto, przedłu yć

42

---

mo na jedynie stan istniejący. Stan prawny, który ustał mo e być wyłącznie restytuowany, a więc odtworzony na nowo, czego ustawa Pzp nie przewiduje.

W odniesieniu do zarzutu, i nie jest zakazane zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po wyborze oferty i wygaśnięciu okresu związania, Izba

wskazuje, i ogranicza się do rozstrzygania spraw odwoławczych w zakresie gwarancji ustalonych ustawą Pzp dla obu stron, co do podejmowania oznaczonych czynności. Nie ingeruje w sferę czynności dokonanych za obopólną zgodą - nie naruszających przepisów ustawy, a więc nie mo e nakazywać ich dokonania zamawiającemu, albowiem mo e nakazać jedynie dokonanie czynności zaniechanych, czy przeprowadzonych wadliwie, do których zobowiązuje ustawa. Przepisy ustawy Pzp nie dają podstawy, aby nakazywać zamawiającemu przeprowadzenia czynności warunkowej, uzale nionej od tego czy w dowolnym momencie wykonawca, mając do tego prawo - nie wycofa się z podpisania umowy. Wybór oferty, aby był obustronnie wią ący, winien być dokonany w warunkach związania ofertą. Zamawiający winien mieć pewność, e kontynuowane postępowanie doprowadzi do zawarcia umowy, a wykonawca, gdy zawarcie umowy na warunkach oznaczonych w SIWZ, aktualnie nie le y w jego interesie nie powołała się na upływ okresu związania ofertą, a więc będzie miał wolny wybór, co do podpisania umowy, bez nara enia się na konsekwencje utraty wadium. Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 24 lutego 2010 r. sygn. akt SK 22/08 opowiedział się za mo liwością zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą. Pogląd ten odzwierciedla aktualny, zliberalizowany stan prawny ustawy Pzp, niewymagający wprost zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie związania ofertą. Brak po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, nie oznacza braku mo liwości jej zawarcia, je eli istnieje taka wola po stronie oferenta.

Wybór oferty najkorzystniejszej powinien jednak nastąpić w okresie związania, a wykonawca musi pozostawać w takim stanie nieprzerwanie od dnia upływu terminu zło enia ofert. W przedmiotowym postępowaniu sytuacja taka nie zachodzi, nie jest mo liwa do odtworzenia, nawet w drodze orzeczenia Izby.

Bezsprzecznie oferta nie pozostająca w stanie związania wyra onego w formie pisemnej, lub dozwolonej art. 27 ust. 1 ustawy Pzp - jest niezgodna z ustawą, zatem zachodzą obligatoryjne podstawy do jej odrzucenia statuowane art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Oferta, której termin związania minął nie obliguje wykonawcy do zawarcia umowy na proponowanych warunkach, wobec czego traci cechy wią ącej oferty. Ponadto sprzecznym z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji byłoby jednakowe traktowanie wykonawców, związanych zło oną ofertą, wobec których zamawiający miałby roszczenie zawarcia umowy, pod rygorem utraty przez nich

wniesionego wadium oraz wykonawców ofertami niezwiązanych, którzy mogą, ale nie muszą zawrzeć umowy, i którzy mają prawo w tym względzie wielokrotnie zmieniać zdanie, bez nara enia się na konsekwencje utraty wadium.

W odniesieniu do zarzutu, e postępowanie obarczone jest nienaprawialną wadą, uzasadniającą uniewa nienie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego.

1. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez postawienie wymogu zło enia oświadczenia w zakresie przeprowadzenia „wizji lokalnej" tj. zapoznania się z lokalizacją i warunkami miejscowymi, panującymi na obszarze objętym przedsięwzięciem.

Zamawiający - w-pkt 8) Formularza ofertowego zawarł następujące oświadczenie, które musieli zło yć wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia:

„8) Oświadczamy, e:

c. zapoznaliśmy się z lokalizacją i warunkami miejscowymi, panującymi na obszarze objętym przedsięwzięciem,

d. dokonaliśmy własnego rozpoznania niezbędnej ilości i charakteru prac.

e dany wykonawca - aby zło yć Było to więc wymaganie polegające na tym,

prawdziwe oświadczenie w tym zakresie - musiał udać się (lub wysłać przedstawicieli) na miejsce inwestycji i dokonać osobistego zapoznania z lokalizacją i warunkami miejscowymi i we własnym zakresie dokonać rozpoznania niezbędnej ilości i charakteru prac.

Zbyt daleko wybiega konkluzja zamawiającego, e wobec wyznaczenia warunku przeprowadzenia wizji lokalnej opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy, lub niepełny.

Przepis art. 31 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, e je eli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-u ytkowego (PFU), i ten ustawowy wymóg został spełniony. Zamawiający ponadto udostępnił wykonawcom posiadane opinie geotechniczne, wyniki badania hydrogeologicznego, raport oddziaływania na środowisko, operat wodno-prawny, decyzje o ustaleniu lokalizacji inwestycji, decyzję o uwarunkowaniach środowiskowych. Izba uznała zatem opis przedmiotu zamówienia za zgodny z wskazaniami art. 29 ust 1 i 2 Pzp. Je eli nawet warunek przeprowadzenia wizji stwarza większe utrudnienia dla podmiotów, szczególnie zagranicznych, które chciałyby zło yć ofertę, to jest mo liwy do spełnienia np. w

drodze zlecenia takich czynności. Z reguły racjonalny wykonawca robót budowlanych w systemie zaprojektuj i zbuduj - przed zło eniem oferty i tak zapoznaje się z warunkami realizacji, w tym terenowymi. Jakkolwiek nale ało wizję w terenie pozostawić w gestii samych wykonawców, to uchybienie nie ma charakteru wady, która mogłaby powodować niewa ność zawartej umowy, tym samym uzasadniać uniewa nienie postępowania na wskazanej przez zamawiającego podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ustawy Pzp.
2. wskazywany zapis w SIWZ, i „Koncepcja technologiczna lub Ramowy opis proponowanych przez technologii oczyszczania Wykonawców ścieków dla porównania parametrów technicznych w kryterium oceny ofert dla „zainstalowanej mocy" i „energochłonności" - ww. opracowania nie będą stanowiły podstawy do oceny wiarygodności oferty i jej ewentualnego odrzucenia. Informacje zawarte w niniejszych opracowaniach będą dla Zamawiającego pełniły jedynie funkcje informacyjną i pomocniczą przy ocenie ofert w kryterium: parametry techniczne" nie narusza przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 29 ust. 1 i 2 oraz zasad wyra onych w art. 7 tej ustawy. Nie stanowi o niepełnym opisie przedmiotu zamówienia, który został podany w PFU, nie powoduje nierównego traktowania wykonawców, nie wprowadza ograniczeń w zakresie uczciwej konkurencji. Stanowi wymagane przepisem 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp wypełnienie obowiązku podania sposobu oceny ofert w wyznaczonych kryteriach. Uprawnieniem zamawiającego jest wyznaczenie w SIWZ takich wymagań, które uznaje za istotną treść oferty w rozumieniu art. 66 § 1 K.c.- jej *essentialia negotii,* których niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty, w odró nieniu do innych wymagań ubocznych, słu ących określonym innym celom np. informacyjnym, których niespełnienie nie powoduje odrzucenia oferty. Tym samym nie uzasadnia uniewa nienia postępowania na wskazanej przez zamawiającego podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ustawy Pzp.
3. Izba stwierdziła, i miało miejsce naruszenie art. 29 ust 3 Pzp poprzez nie opisanie warunków równowa ności, co w konsekwencji mogło spowodować utrudnienia w ocenie ofert. Zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp przedmiotu zamówienia nie mo na opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba e jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie mo e opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równowa ny" W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opisał przedmiot zamówienia z u yciem sformułowania „lub równowa ny", jednak e jak sam przyznał - nie określił kryteriów równowa ności tzn. nie wskazał istotnych parametrów równowa ności, które będą brane pod uwagę przy

ocenie ofert zawierających rozwiązania równowa ne, i z czego wywodził, i wystąpiła wada uniemo liwiająca dokonanie prawidłowej czynności badania i oceny ofert, a tak e uniemo liwiająca zawarcie niepodlegającej uniewa nieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba podziela poglądy, e skoro zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca który powołuje się na rozwiązania równowa ne opisywanym przez zamawiającego jest zobowiązany wykazać, e oferowane przez niego np. dostawy, roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, to wymagania te powinny być

przynajmniej jako minimalne - określone w SIWZ. Znaczenie prawidłowego opisania przedmiotu zamówienia, w tym określenia kryteriów równowa ności podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jednak e mimo tego, nagminną praktykę stanowi, e zamawiający w ramach równowa ności wymagają zaoferowania podane w SIWZ. Skutkiem produktów o „cechach to samych lub lepszych" ni takiego opisu równowa ności, jak trafnie zauwa ył zamawiający, jest danie wykonawcy szerszej mo liwości wykazywania, e oferowane produkty spełniają kryteria równowa ności pod względem cech technicznych, właściwości eksploatacyjno – u ytkowych, wymagań normatywnych itp. Wskazywany brak nie uzasadnia jednak uniewa nienie postępowania na wskazanej przez zamawiającego podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ustawy Pzp, gdy w ogólności nie uniemo liwia oceny ofert, w tym wykazywania, e oferta wykonawcy, w tym przypadku odwołującego Pol-Aqua S.A. równowa ną nie jest, a jedynie stanowi dla samego zamawiającego utrudnienie przeprowadzenia takiego dowodu, co nie mo e stanowić podstawy do uniewa nienia postępowania. Zdaniem Izby, skoro oferta PRI Pol-Agua S.A. przedstawia inny sposób wykonania zamówienia publicznego, wówczas nale ało rozwa yć wariantowość tej oferty w rozumieniu art. 2 pkt 7 ustawy Pzp, gdy przez ofertę wariantową nale y rozumieć ofertę przewidującą zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, odmienny ni określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Zamawiający nie dopuścił ofert wariantowych. Nie dokonał te odrzucenia oferty odwołującego. Uniewa nienie postępowania, je eli zamawiający uwa a, e oferta nie spełnia wymagań SIWZ (PFU) i kwalifikuje się do odrzucenia, powinno być poprzedzone merytoryczną oceną i odrzuceniem oferty. Izba zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do dokonanych czynności zamawiającego, względnie do zaniechania czynności i przedstawionych na udowodnienie zasadności tych czynności poglądów oraz dowodów. Nie odnosi się natomiast do przypuszczeń, zamawiającego, jego ogólnych przekonań, czy ewentualnych zamiarów. Z tych względów prowadzenie postępowania

dowodowego w odniesieniu do podstaw odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – bez przeprowadzenia takiej czynności – Izba uznała za bezprzedmiotowe.

Nawet gdyby przyjąć, e postępowanie było obarczone wadliwością i e specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wskazywała wprost, jakie zostały ustalone minimalne kryteria równowa ności oferty, nie sposób uznać takiego uchybienia za spełniający przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wada postępowania stanowiąca podstawę jego uniewa nienia musi spełniać jednocześnie dwa warunki: po pierwsze musi zaistnieć wada tak istotna, e nie jest ona mo liwa do usunięcia w toku postępowania, a po drugie musi uniemo liwiać zawarcie niepodlegającej uniewa nieniu umowy. W przeświadczeniu Izby, adnej ze wspomnianych przesłanek zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu informacji z dnia 4 grudnia 2013 r. Wada, która stanowi podstawę uniewa nienia postępowania musi mieć charakter nieusuwalny. Jednocześnie jako bezpośredni związek przyczynowy takiej wady i uniewa nienia postępowania, musi zaistnieć niemo ność zawarcia niepodlegającej uniewa nieniu umowy. Zamawiający powołał się w swojej informacji równie na treść art. 146 ust. 6 Pzp, stanowiący, e Prezes Urzędu mo e wystąpić do sądu o uniewa nienie umowy, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający nie wykazał, e w postępowaniu wystąpiła istotna, a zarazem nieusuwalna wada, a ponadto, e wada ta miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Przytoczona argumentacja zamawiającego nie daje podstaw do uznania, e spełnione zostały przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 Pzp. Gdyby uznać, e niewłaściwie skonstruowane wskazywane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynęły na działania poszczególnych podmiotów przystępujących do przetargu, mogąc jednocześnie wprowadzić ich w błąd, co do konkretnych wymogów stawianych wykonawcy w realizacji

zamówienia, ustalić by wówczas nale ało, jakie były rzeczywiste konsekwencje takiego postępowania zamawiającego. Zdaniem Izby, nie mo e być mowy o wadliwości prowadzącej do uniewa nienia przetargu.

Skoro zamawiający stwierdził niezgodność oferty odwołującego z PFU i na tej, między innymi podstawie uniewa nił postępowanie, to czynność taka mogłaby by być dokonana jedynie po ocenie ofert, [gdyby omawiana oferta pozostawała w okresie związania], je eli z przestawionej koncepcji, którą nale ało jednak uznać za wią ącą w zakresie dalszych opracowań projektowych, poza tym stanowiącą podstawę przy przyznaniu punktacji

47

ofertom w kryterium technicznym - mimo jej charakteru informacyjnego - wynikała jednoznaczna niezgodność z PFU, w zakresie przyjętej technologii przewidującej brak instalacji podciśnieniowego odgazowania osadu, a jedynie napowietrzanie. Tak e co do pozostałych wykazywanych ró nic – braku wie y w reaktorze Carrousel oraz pomp ciśnieniowych i nieujęcia w bilansie zapotrzebowanej mocy wszystkich koniecznych urządzeń pobierających energię elektryczną - co było mo liwe do ustalenia, czy te jednoznacznego potwierdzenia - w trybie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, ewentualnie z oceną - kończącą się odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, równie z uwzględnieniem jej wariantowości, której zamawiający nie dopuścił. Szczególnie biorąc pod uwagę wewnętrzną sprzeczności przedstawionej koncepcji z deklaracją zawartą w formularzu oferty - wykonania przedmiotu zamówienia w pełnej zgodności z SIWZ, w tym z PFU.

Tymczasem, jak wskazuje się w doktrynie, wada o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o uniewa nieniu przetargu (tak np. P Granecki komentarz do art. 93 Prawa zamówień publicznych, C. H. Beck, 2012). Nadto wskazuje się, e decyzji o uniewa nieniu postępowania zamawiający nie mo e podjąć na podstawie domniemań i przypuszczeń, gdy istniałoby prawdopodobieństwo, e zamówienie mogłoby być wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego (por. wyr. KIO z 22.3.2010 r., KIO/UZP 210/10). Oferta odwołującego nie była jedyną, zamawiający nie podnosił, i inne oferty zło one w tym postępowaniu tak e są niezgodne z treścią SIWZ. Pozostałe oferty, tak e zostały odrzucone z braku przedłu enia terminu związania ofertą.

Odnosząc się zaś do przywołanej podstawy czynności zamawiającego - art. 146 ust. 6 Pzp, zdaniem Izby, ujawnione wady, nie dają podstaw dla wystąpienia przez Prezesa Urzędu do sądu o uniewa nienie umowy zawartej w wyniku przetargu. Niezbędnym wymogiem takiego wystąpienia, byłoby bowiem zaistnienie czynności z naruszeniem ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jak wynika z przedstawionych wy ej okoliczności postępowania, ewentualne uchybienia le ące po stronie zamawiającego - mogłyby nie mieć ostatecznie adnego wpływu na rozstrzygnięcie przetargu, skoro, jak ju wskazywano, oferty innych uczestników postępowania przetargowego w chwili jego uniewa nienia, spełniały wszystkie warunki PFU. Kontynuacja postępowania, mogłaby doprowadzić do wyboru prawidłowej oferty, gdyby tylko do czasu przeprowadzenia wyboru, wszystkie oferty pozostawały w okresie związania i były zabezpieczone wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, e odwołanie nie podlega uwzględnieniu, choć nie wszystkie podane przez zamawiającego przyczyny uniewa nienia postępowania w

48

piśmie z dnia 4 grudnia 2013 r. znalazły potwierdzenie w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Podwa anie czynności zamawiającego w odniesieniu do uniewa nienia postępowania przetargowego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie znajduje uzasadnienia, skoro nie zło ono adnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, obowiązkiem zamawiającego wynikającym z tej normy było uniewa nienie postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający przeprowadził nakazane wyrokiem Izby z dnia 24 października 2013 r. czynności wezwania wykonawców o wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów oraz ponowną ocenę w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przy czym

stwierdził dalsze braki i nieprawidłowości w ofercie odwołującego, dotyczące wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do potencjału osobowego oraz pełnomocnictwa załączonego do oferty - (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp).

Odwołujący oprócz przywołania podstawy prawnej zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie sformułował adnych zarzutów faktycznych w tym zakresie, odnoszących się do niezasadnej oceny przez zamawiającego spełnienia wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu. Nie podlega te polemice okoliczność, i z mocy art. 26 ust. 3 zdanie 2 ustawy Pzp, zamawiający jest zwolniony z obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełniania wadliwych dokumentów, je eli oferta z innych przyczyn podlega odrzuceniu. Oferta odwołującego, jako niepozostająca w okresie związania, nie mogła zostać uwzględniona przy ocenie i wybrana, jako najkorzystniejsza do realizacji zamówienia, zatem zachodził po stronie zamawiającego obowiązek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, niezale nie od zaniechania jej merytorycznej oceny. W następstwie zaistniałej sytuacji, zamawiający uniewa nił postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, z braku ofert niepodlegających odrzuceniu, co zniweczyło ze skutkiem wstecznym przeprowadzone w trakcie postępowania czynności.

Postępowanie dowodowe w sprawie nie potwierdziło zasadności czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp, tj.:
- art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez ich zastosowanie i uznanie, e zachodzą przesłanki do uniewa nienia postępowania,
- art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez błędne ich zastosowanie w stosunku do odwołującego pomimo braku przesłanek,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez błędne jego zastosowanie,
- art. 26 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do odwołującego,

- art. 91 ust. 1 Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej i niewykonanie wyroku KIO z dnia 24 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2332/13, KIO 2333/13); Izba nie nakazała wyboru oferty odwołującego.

Nie mo na było przypisać zamawiającemu naruszenia art. 7 ust 1 i ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawiającego się m.in. w zaniechaniu wyboru oferty odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 85 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się przez zamawiającego do odwołującego o wyra enie zgody na przedłu enie terminu związania ofertą oraz naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez błędne zastosowanie i przez wykluczenie odwołującego na tej podstawie i odrzucenie jego oferty, Izba uznała za spóźniony i niepodlegający rozpatrzeniu.
Potwierdził się natomiast zarzut:
- naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 tej ustawy, przez uniewa nienie postępowania na tej podstawie, które to naruszenie, wobec zasadności uniewa nienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, pozostawało bez wpływu na wynik postępowania,
- naruszenia art. 184 Pzp poprzez zaniechanie skierowania wezwania do odwołującego, dotyczącego wadium (okoliczność przyznana), jednak e bezsporne pozostawało, e odwołujący przedłu ył wadium, i e z tej przyczyny jego oferta nie podlegała odrzuceniu; odwołujący nie miał ponadto interesu, aby zarzutem tym obejmować zaniechania wezwania innych wykonawców do wniesienia wadium.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zasądziła na rzecz zamawiającego od odwołującego kwotę 3 600,00 zł, tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika na podstawie zło onej do akt faktury, stosownie do postanowień § 3 pkt 2b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:……...

Członkowie:……..……..

……

50

51