

WYROK

z dnia 14 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 marca 2017 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 24 lutego 2017 r. przez **wykonawcę WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, ul. ks. pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec,**

B) w dniu 27 lutego 2017 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Wolimex” E. W., ul. Tarnowska 33, 34-600 Limanowa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Międzygminny ds. Ekologii, ul. ks. pr.**

Stanisława Słonki 22, 34-300 Żywiec

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A., Al. Józefa Piłsudskiego 74, 41-303 Dąbrowa Górnicza** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 354/17 po stronie **zamawiającego**

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe**

„Wolimex” E. W., ul. Tarnowska 33, 34-600 Limanowa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 354/17 po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1.1. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 354/17.

1.2. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 379/17 i nakazuje:

1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy MZUM.PL;

2) powtórzenia badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **wykonawcę WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, ul. ks. pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Wolimex” E. W., ul. Tarnowska 33, 34-600 Limanowa** i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, ul. ks. pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Wolimex” E. W., ul. Tarnowska 33, 34-600 Limanowa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy **WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, ul. ks. pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec** na rzecz zamawiającego **Związek Międzygminny ds. Ekologii, ul. ks. pr. Stanisława Słonki 22, 34-300 Żywiec** kwotę **363,6 zł 00 gr** (słownie: trzysta sześćdziesiąt trzy złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów dojazdu i noclegu pełnomocnika;

2.3) zasądza od zamawiającego **Związek Międzygminny ds. Ekologii, ul. ks. pr. Stanisława Słonki 22, 34-300 Żywiec** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Wolimex” E. W., ul. Tarnowska 33, 34-600 Limanowa** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 354/17 Sygn. akt KIO 379/17

Uzasadnienie

Ad sygn. akt KIO 354/17 Ad sygn. akt KIO 379/17

Zamawiający **Związek Międzygminny ds. Ekologii, ul. ks. pr. Stanisława Słonki 22, 34-300 Żywiec** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą

»Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej z przyłączami w gminie Jeleśnia (Mutne, Sopotnia Mała, Pewel Wielka) kontrakt 18a«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 04.11.2016 r. pod nrem 2016/S 213-387451.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

–Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250 i 1579) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 17.02.2017 r. o:

1)wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL

S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, Al. Zagłębie Dąbrowskiego 15, 41-303 Dąbrowa Górnicza;

2)odrzuconiu oferty wykonawcy WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ad sygn. akt KIO 354/17

Wykonawca WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 24.02.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie na odrzucenie oferty odwołującego.

Odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty:

- 1.Dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A., Aleja Józefa Piłsudskiego 74, 41- 303 Dąbrowa Górnicza, co powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, w związku z pozostałymi zarzutami odwołania oraz art. 91 ust. 1 Pzp.
- 2.Dokonanie wadliwej czynności odrzucenia oferty odwołującego, co powoduje naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.
- 3.Zaniechanie czynności wyboru oferty odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą w zakresie ustanowionych kryteriów oceny ofert spośród złożonych i niepodlegających odrzuceniu ofert, co powoduje naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w związku z pozostałymi zarzutami odwołania.
- 4.Nierówne traktowanie wszystkich wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania podczas badania złożonych ofert, w szczególności przy dokonywaniu oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ, co powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z pozostałymi zarzutami odwołania.

Odwołujący wniósł o:

- 1)uwzględnienie odwołania;
- 2)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A., Aleja Józefa Piłsudskiego 74, 41-303 Dąbrowa Górnicza;
- 3)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 4)nakazanie zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nieodrzuconych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 5)obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wskazał, że przedstawiona przez odwołującego oferta nie przedstawia odmiennego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ oraz z wymogami zamawiającego w zakresie sposobu konkretyzacji oświadczenia woli przez wykonawców.

Podstawą oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu – była cena.

Zgodnie z postanowieniami pkt 14 SIWZ całkowita cena ofertowa za zrealizowanie zamówienia miałaby stanowić sumę cen za poszczególne roboty.

Cyt. »SIWZ I4 Opis sposobu obliczenia ceny:

1.Wykonawca poda w Ofercie, cenę za wykonanie zamówienia. Podana w ofercie cena stanowić będzie sumę cen za poszczególne roboty, obliczoną uwzględniając informacje oraz wskazówki ujęte w przedmiarze.

2.Podana cena musi obejmować wszystkie koszty realizacji zamówienia z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także od towarów i usług).

3.Cenę należy podać w złotych polskich, z dokładnością do 2 miejsc po przecinku«.

Z tego wynika, że wykonawca miał podać w ofercie całkowitą cenę za wycenione roboty na podstawie przedmiaru robót, obliczoną przy uwzględnieniu informacji oraz wskazówek ujętych w przedmiarze robót.

Zdaniem odwołującego z SIWZ nie wynika fakt, że wyceniony przedmiar miał być załączony do oferty, w tym z § 12 Opis sposobu przygotowania ofert ust. 8 i 11 regulującego szczegółowo, co ma złożyć wykonawca w ofercie.

Zamawiający kierował się kryteriami oceny ofert wynikającymi z § 15 SIWZ – oferta odwołującego oceniona na podstawie tak określonych kryteriów jest najkorzystniejsza, została zweryfikowana pozytywnie pod kątem rażąco niskiej ceny, sprawdzona pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego weryfikacja ceny ofertowej odwołującego w oparciu o art. 90 ust.

1 Pzp potwierdziła, że oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Ocena dokumentów i oświadczeń odwołującego, w tym przy zastosowaniu wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp potwierdziła, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Uzasadnienie faktyczne odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp brzmiało:

„Działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), tj. przepisu stanowiącego, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzuca w przedmiotowym postępowaniu ofertę wykonawcy: Wodpol Sp. z o.o., ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec.

Oferta złożona przez wykonawcę Wodpol nie zawierała wypełnionego Przedmiaru Robót, stanowiącego część oferty oraz podstawę obliczenia ceny ofertowej. Podana w ofercie cena stanowi, zgodnie z postanowieniami SIWZ, sumę cen za poszczególne roboty, obliczoną uwzględniając informacje oraz wskazówki ujęte w Przedmiarze Robót. Wykonawca [Wodpol] nie wycenił Przedmiaru Robót, a więc nie przygotował oferty zgodnie z postanowieniami SIWZ. Zamawiający zamieścił wzór Przedmiaru Robót wraz ze szczegółową instrukcją jego wypełnienia. Niekompletne wypełnienie Przedmiaru Robót było określone jako powód odrzucenia oferty, pomimo to, wykonawca nie dostosował się do

wymogów SIWZ i nie wycenił żadnej pozycji Przedmiaru Robót. Zamawiający wskazał w SIWZ, że podstawą płatności będzie faktyczna ilość wykonanej pracy, tak jak zostanie ona obmierzona przez wykonawcę i sprawdzona przez Inżyniera oraz wyceniona po stawkach i cenach podanych w wycenionym Przedmiarze Robót. W związku więc z ustanowieniem wynagrodzenia kosztorysowego oraz wskazania Przedmiaru Robót jako załącznika do Umowy, nie wypełnienie tego istotnego elementu oferty stanowi podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Odnosząc się szczegółowo do tego uzasadnia odwołujący kwestionuje stanowczo jego zasadność i tak:

Zamawiający napisał: Oferta złożona przez wykonawcę w postępowaniu nie zawierała wypełnionego Przedmiaru Robót, stanowiącego część oferty oraz podstawę obliczenia ceny ofertowej. Podana w ofercie cena stanowi, zgodnie z postanowieniami SIWZ, sumę cen za poszczególne roboty, obliczoną uwzględniając informacje oraz wskazówki ujęte w Przedmiarze Robót.

1. Tymczasem z żadnego postanowienia kompletnej dokumentacji przetargowej nie wynika konieczność załączenia wycenionego przedmiaru do oferty.

2. Wyceniony przedmiar miał być załącznikiem do umowy, wymieniony jest jako kolejny załącznik do umowy osobno, a nie wraz z ofertą, ponieważ ofertę wymieniono jako osobny załącznik do umowy – to wyceniony przedmiar nie miał być jej treścią.

3. Także w SIWZ nie określono wymogu, żeby wzór umowy z załącznikami był załącznikiem do oferty.

We wzorze umowy (strona 2 i 3) zamawiający osobno potraktował ofertę i wyceniony Przedmiar Robót:

„Następujące dokumenty będą uważane, odczytywane i interpretowane jako integralna część o Kontrakcie, według następującego pierwszeństwa:

- a) Akt Umowy;
- b) Warunki Szczególne Kontraktu;
- c) Warunki Ogólne Kontraktu;
- d) Gwarancja Jakości;
- e) Dokumentacja projektowa;
- f) Instrukcja dla wykonawców;
- g) Dane Kontraktowe;
- h) wyceniony Przedmiar Robót (po korekcie arytmetycznej);
- i) Oferta;
- j) inne dokumenty będące częścią Kontraktu”.

4. W związku z tym analiza definicji „oferty” zawarta na stronie 9 wzoru umowy (Klauzulę 1.1.1.8) „Oferta” oznacza Formularz Oferty i wszystkie inne dokumenty, które wykonawca

dostarczył wraz z Formularzem Oferty i złożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego przez zamawiającego na realizację przedmiotu Kontraktu, a włączone do Kontraktu. Gdziekolwiek w Warunkach Kontraktu występuje określenie „Dokumenty Ofertowe” należy je zastąpić określeniem „Oferta” i wszelkie odniesienia do „Dokumentów Ofertowych” w Warunkach oznaczać będą odniesienia do „Oferty”.

W oparciu o tę definicję „Oferty” określoną przez zamawiającego, przyjmując, że odrzucenie oferty odwołującego jest zasadne „Oferta” powinna zawierać wyceniony przedmiar robót, skoro „Oferta” oznacza *Formularz Oferty i wszystkie inne dokumenty i dalej jak powyżej*.

Zamawiający wyraźnie oddzielił ofertę od wycenionego Przedmiaru Robót w rozdziale II ust. 2 umowy (str.2-3) – jak zacytowano powyżej: załącznikiem do umowy jest osobno oferta i osobno wyceniony Przedmiar Robót (po korekcie arytmetycznej) – co można interpretować tylko tak, że jest on załącznikiem oddzielnym do umowy, załączonym przed jej podpisaniem, w dodatku zweryfikowanym ew. rachunkowo. I zdaniem odwołującego trudno to interpretować poprawnie – przy takiej definicji oferty i pozostałych wymogach, postanowieniach SIWZ, co do złożenia oferty, gdzie nie znajduje się nigdzie wymóg załączenia wycenionego Przedmiaru Robót do oferty.

5.Wbrew twierdzeniu zamawiającego nie było żadnych postanowień SIWZ, że wyceniony przedmiar ma być treścią oferty.

6.Postanowienie, które jako jedyne zapewne miał na myśli zamawiający, pisząc w uzasadnieniu odrzucenia: „Niekompletne wypełnienie Przedmiaru Robót było określone jako powód odrzucenia oferty; pomimo to, wykonawca nie dostosował się do wymogów SIWZ i nie wycenił żadnej pozycji Przedmiaru Robót” – to zawarty w dokumencie przetargowym o nazwie pliku Preambuła – Rv11: „Uważa się, że Rachunki stanowią część Przedmiaru Robót. Stosowne Ceny czy Ceny Jednostkowe muszą być podane dla każdej pozycji w Rachunkach; niekompletne wypełnienie Rachunku (ów) może być wystarczającym powodem dla odrzucenia oferty” – nie potwierdza wymogu załączenia wycenionego przedmiaru robót.

Treść tego postanowienia nie przesądza o tym, że wyceniony Przedmiar Robót miał być załącznikiem do oferty. Zamawiający napisał: „niekompletne wypełnienie Rachunku (ów) może być wystarczającym powodem dla odrzucenia oferty”.

W związku z powyższym postanowieniem nie można wywieść, że ta rekomendacja zamawiającego dotyczy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przesłanek odrzucenia ofert wyspecyfikowanych w art. 89 Pzp jest więcej, zamawiający ogólnie stwierdził, że oferta może być odrzucona – można to postanowienie równie dobrze interpretować w taki sposób, że jeżeli wykonawca nie wypełni tj. nie uwzględni, nie skalkuluje wszystkiego zgodnie z instrukcją wypełnienia Przedmiaru Robót – to niewłaściwie

skalkulowana cena będzie podlegała weryfikacji na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp – co może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

7.Dalej w uzasadnieniu zamawiający pisze:

„Wykonawca nie wycenił Przedmiaru Robót; a więc nie przygotował oferty zgodnie z postanowieniami SIWZ. Zamawiający zamieścił wzór Przedmiaru Robót wraz ze szczegółową instrukcją jego wypełnienia”.

Odwołujący stwierdził, że nie miał wątpliwości, że ma wycenić przedmiar robót, ale wyceniony przedmiar ma być załącznikiem do umowy, nie miał wątpliwości, że na jego podstawie ma być skalkulowana całkowita cena ofertowa – dlatego z taką skrupulatnością dociekał prawidłowej kalkulacji całkowitej do końca etapu weryfikacji SIWZ – zadając pytanie zamawiającemu 27.12.2016 r. – w konsekwencji którego dokonano zmiany SIWZ w kwestionowanym przez odwołującego zakresie – pytanie odwołującego, zmiana SIWZ w załączeniu.

8.Natomiast instrukcja wypełnienia przedmiaru przywołana przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia z dokumentu przetargowego o nazwie pliku Preambuła – Rv11 część III opis przedmiotu zamówienia w ust. 6 na stronie 7 dotyczyła nie tylko wypełnienia wycenionego przedmiaru, który miał być załącznikiem do umowy i podstawą do określenia całkowitej ceny ofertowej, ale obowiązywała także do zastosowania do obmiaru skończonych Robót: „Sposób obmiaru przyjęty dla sporządzenia Przedmiaru Robót powinien zostać zastosowany również do obmiaru skończonych Robót”.

Dlatego tego rodzaju odwołanie się do instrukcji wypełnienia przedmiaru nie jest żadnym uzasadnieniem do odrzucenia oferty odwołującego, nie przeczy wcale interpretacji odwołującego, że wyceniony przedmiar miał być załącznikiem do umowy a nie treścią oferty.

Istotne jest to, że z całą pewnością w tym postępowaniu nie wynika z żadnej instrukcji przygotowania oferty, w tym z ogłoszenia, że wyceniony przedmiar miał być częścią oferty.

Na podstawie analizy postanowień ogłoszenia, SIWZ, zmian i wyjaśnień SIWZ: Żadne postanowienie SIWZ, zmian i

wyjaśnień SIWZ – nie daje podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – ze względu na niezłączenie na etapie składania oferty wycenionego Przedmiaru Robót.

Z punktu widzenia prawidłowości oceny treści oferty w odniesieniu do treści SIWZ istotne znaczenie ma jednoznaczność i precyzja w określeniu wymagań przez zamawiającego, postanowień SIWZ.

przedmiotowym postępowaniu niewystarczające byłoby nawet stwierdzenie, że treść wymagania wycenionego przedmiaru budziła wątpliwości wykonawców, bo takiego wymogu w żadnym z dokumentów przetargowych w ogóle nie dookreślono.

Z tego względu sam zamawiający w uzasadnieniu faktycznym nie podał żadnych konkretnych postanowień SIWZ stojących w sprzeczności z treścią oferty odwołującego:

1. Jak najbardziej przyjęty przez odwołującego (i nie tylko przez odwołującego) sposób interpretacji SIWZ umożliwiał, przy przyjętej formie wynagrodzenia – i przy założeniu, że wyceniony przedmiar będzie załączony do umowy (co wynikało z SIWZ, a w szczególności ze wzoru umowy) – właściwą realizację umowy zgodną z opisem i z przyjętym we wzorze umowy sposobem rozliczenia wynagrodzenia. Z tego względu oferta odwołującego była jak najbardziej zgodna z SIWZ.

2. Faktem jest, że część wykonawców załączyło wyceniony przedmiar robót, ale stanowczo należy podkreślić, chociaż zamawiający nie kwalifikował od razu przy ocenie oferty odwołującego braku wycenionego przedmiaru jak skutkującego odrzuceniem oferty.

Odwołujący był bowiem wzywany (13.02.2017 r.) do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp – a ta podstawa wiąże się z pozytywną oceną merytoryczną oferty, w tym pod kątem zgodności jej treści z treścią SIWZ.

Zamawiający zatem najpierw zakwalifikował ofertę odwołującego jako niepodlegającą odrzuceniu, a potem zmienił zdanie. Wniosek z tego jest taki, że dla niego także postanowienia SIWZ nie dawały podstawy do odrzucenia oferty odwołującego.

Niezrozumiałe jest zatem ostateczne rozstrzygnięcie zamawiającego – skoro wymóg załączenia na etapie składania ofert wycenionego przedmiaru był tak oczywisty (a w przypadku odrzucenia powinien być oczywisty) – to nie ulegało wątpliwości, że oferta odwołującego od razu powinna być odrzucona bez oceny podmiotowej, zwłaszcza w kontekście informacji zawartej w SIWZ, że w przedmiotowym postępowaniu zostanie zastosowana procedura, o której mowa w art. 24aa Pzp (§ 8 ust. 5 SIWZ).

Zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sprzeciwiają się temu, aby zamawiający dokonywał czynności w postępowaniu wyłącznie na podstawie własnego przekonania lub prawdopodobnie tego co złożyli nadgorliwie w ofercie inni wykonawcy, gdyż prowadzi to do arbitralności rozstrzygnięć.

Zasady pisemności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców składające się na transparentność procedury o udzielenie zamówienia wymagają tego, aby czynności zamawiającego miały jasne oparcie w dokumentach postępowania.

Niejednoznaczne postanowienia SIWZ, brak dostatecznego wyrażenia przez zamawiającego swoich wymagań nie mogą być więc wykładane z pokrzywdzeniem wykonawców.

Ciężar dowodu w przypadku odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym, zatem zamawiający powinien mieć pewność, że oferta, którą zamierza odrzucić, nie odpowiada jego wymaganiom. Takiej pewności zamawiający nie miał w tym postępowaniu, skoro zastosował instytucję wezwania do uzupełnienia dokumentów, pomimo, że obowiązuje ona zamawiającego tylko i wyłącznie w stosunku do tych ofert, które nie podlegają odrzuceniu.

Jest oczywiste, że w takim stanie faktycznym – stwierdzenia o zasadności odrzucenia oferty odwołującego – wyrażone w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, są tylko przyjętą przez zamawiającego strategią o charakterze polemicznym, nie mającą jakiegokolwiek oparcia w postanowieniach SIWZ.

Zamawiający obarczył negatywnymi konsekwencjami niejednoznacznych postanowień SIWZ dwóch wykonawców i odrzucił ich oferty z powodu nie załączenia wycenionego Przedmiaru Robót.

Z informacji skierowanej do odwołującego na podstawie art. 92 ust. 1 Pzp wynika, że wykonawca Centrum Nowoczesnych Technologii S.A., ul. Partyzantów 11 41-200 Sosnowiec tak samo zinterpretował postanowienia SIWZ jak odwołujący.

W ocenie odwołującego w kontekście postanowień SIWZ była to jedynie słuszna interpretacja.

Przy takich postanowieniach SIWZ wykonawcy mogli tak zinterpretować jej postanowienia, żeby uznać, że wyceniony przedmiar ma być załączony do umowy.

Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, bo w sposób wadliwy odrzucił ofertę odwołującego. Wyboru oferty najkorzystniejszej dokonano w oparciu o błędną ocenę stanu faktycznego, co do podstaw prawnych i faktycznych podstaw odrzucenia odwołującego się.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp – zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie udzielenie zamówienia w

sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Naruszono w związku z tak wadliwą oceną ofert zasady wymienione w ww. przepisie, w tym w szczególności zasadę równego traktowania wykonawców, oceniając pozytywnie tylko tych wykonawców, którzy nadgorliwie, fakultatywnie załączyli wyceniony przedmiar już na etapie oferty bez określonego wymogu w SIWZ.

Zamawiający nie uzasadnił faktycznie na czym polegała niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, z jakim konkretnie wymogiem zapisanym w SIWZ koresponduje. Przywołane postanowienia SIWZ w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia – wcale nie świadczą, że wyceniony przedmiar miał być treścią oferty, wynika z nich tylko tyle, że wycena miała być dokonana w określony sposób, i że przedmiar ma być załącznikiem do umowy.

Zaś przesłanki ew. odrzucenia oferty nie zostały skonkretyzowane w żadnym postanowieniu SIWZ, w tym wyjaśnieniach, jej zmianach i nie ma żadnych podstaw, żeby ogólną informację o ew. możliwości odrzucenia oferty – interpretować tak jak zrobił to zamawiający.

Oferta niewłaściwie wyceniona, na postawie niewypełnionych (nieskalkulowanych elementów opisu) w tym wypadku przedmiaru – też może być odrzucona, w związku z tym nie ma podstaw, żeby taką ogólną uwagę zamawiającego odnosić wyłącznie do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zwłaszcza w kontekście braku wymogu załączenia wycenionego przedmiaru do oferty.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp – zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W związku z powyższą argumentacją oraz wadliwym rozstrzygnięciem w przedmiotowym postępowaniu doszło do wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp – odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji przez nadinterpretację postanowień SIWZ.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 24.01.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 24.02.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

27.02.2017 r. wykonawca E. W. złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

27.02.2017 r. wykonawca MZUM.PL złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 8.03.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

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

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

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

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

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

Izba wzięła pod uwagę dowód złożony przez odwołującego potwierdzenie, że obecny odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp oraz wcześniej na podstawie art. 26 ust. 2f Pzp.

W ocenie Izby, zarzut postawiony jako drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez dokonanie wadliwej czynności odrzucenia oferty odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut odwołującego oparty został na dwóch przesłankach: po pierwsze, że w SIWZ nie było wymagania, aby do oferty dołączyć przedmiar robót, a po drugie, że zamawiający wezwał obecnego odwołującego do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, czym wskazał, że oferta nie podlega odrzuceniu.

Podczas rozprawy zamawiający wykazał, że w treści SIWZ – Część 3. OPZ, Tom 3.2. Dokumentacja projektowa, Tom 3.2.3. Przedmiar robót, I. Preambuła, A. Zasady wyceny i wypełniania, 2. Zagadnienia ogólne, ust. 5 znajduje się postanowienie cyt. »Uważa się, że Rachunki stanowią część Przedmiaru Robót. Stosowne Ceny czy Ceny Jednostkowe muszą być podane dla każdej pozycji w Rachunkach: niekompletne wypełnienie Rachunku (ów) może

być wystarczającym powodem dla odrzucenia oferty». Z tego postanowienia, zdaniem Izby, należy jednoznacznie wywieść, że zamawiający zagroził wykonawcom, że nawet niekompletne wypełnienie rachunków stanowiących część Przedmiaru Robót może być powodem odrzucenia oferty, a tym bardziej ich niezłożenie wraz ofertą i Przedmiarem Robót. Dlatego zamawiający słusznie wywodził, że wykonawcy byli zobowiązani do złożenia Przedmiaru Robót i Rachunków wraz z ofertą, zgodnie ze sposobem wnioskowania

»argumentum a minori ad maius«, czyli: jeśli komuś zakazane jest czynić mniej, temu zakazane jest czynić więcej, a więc, jeżeli wykonawcy już za pominięcie w ofercie rachunków grozi odrzucenie oferty, to tym bardziej wykonawcy będzie groziło odrzucenie oferty, jeżeli wykonawca nie złoży z ofertą Przedmiarów Robót, których Rachunki są częścią.

Natomiast – na podstawie zasady równego traktowania wykonawców, zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty wszystkich wykonawców, którzy nie złożyli ofert zgodnych z

treścią SIWZ i to nie tylko jakiś wybranych fragmentów tego dokumentu, ale zgodnie z każdym z postanowień SIWZ, a w tym zgodnie z przytoczonym ust. 5 (Część 3. OPZ, Tom

3.2.Dokumentacja projektowa, Tom 3.2.3. Przedmiar robót, I. Preambuła, A. Zasady wyceny i wypełniania, 2. Zagadnienia ogólne, ust. 5).

Izba musi również stwierdzić, że »oferta« w znaczeniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

–Prawo zamówień publicznych to nie tylko »oferta«, o której mowa w art. 66 § 1 Kc

»Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy«, ale oferta zgodna z treścią SIWZ, co jest pośrednio unormowane w art. 2 pkt 6 Pzp, który odnosi ofertę częściową do treści SIWZ. Przepis art. 2 pkt 6 Pzp brzmi »Ileż w ustawie jest mowa o ofercie częściowej [...] należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego«. Analogicznie do »normalnej« oferty, nie tylko częściowej, w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych należy do

»oferty« odnosić postanowienia SIWZ, a w związku z brakiem wskazania które elementy SIWZ należy uwypuklić, do oferty należy odnieść na równi wszystkie postanowienia SIWZ, a w rozpoznawanym postępowaniu formułując ofertę należało także brać pod uwagę przytaczany ust. 5 OPZ.

Ponadto odwołujący oparł swój zarzut na fakcie wezwania odwołującego do złożenia uzupełnień dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, twierdząc, że wezwanie do uzupełnień na podstawie tego przepisu wiąże się z pozytywną oceną merytoryczną oferty (str. 10 wiersz 14 od góry odwołania). Art. 26 ust. 3 Pzp brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

Izba stwierdza, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp jest wyjątkiem od reguły niezmienności oferty po upływie terminu składania ofert, o czym stanowi *a contrario* art. 84 ust. 1 Pzp, który brzmi »Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę« i z tego wynika, że po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa zmiana oferty. Ale z jednym wyjątkiem właśnie określonym w przytaczanym art. 26 ust. 3 Pzp. Jednak wyjątku nie można interpretować rozszerzająco, co określa ogólnie przyjęta paremia

»Exceptiones non sunt extendendae«. Podobnie z tego wyjątkowego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp nie można wysnuć reguły, że w przypadku wezwania wykonawcy do uzupełnień na

podstawie przytoczonego przepisu, to już zamawiający nie może zmienić zdania i nie może odrzucić takiej oferty. Otóż Izba stoi na stanowisku, że w ustawie nie ma przepisów zabraniających zamawiającemu zmiany zdania aż do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty, a nawet – w szczególnych – przypadkach aż do podpisania umowy.

Dlatego Izba nie może przychylić się do zarzutu drugiego, naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez dokonanie wadliwej czynności odrzucenia oferty odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, pozostałe zarzuty:

1)zarzut postawiony jako trzeci naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie czynności wyboru oferty odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą w zakresie ustanowionych kryteriów oceny ofert spośród złożonych i niepodlegających odrzuceniu ofert oraz

2)zarzut postawiony jako pierwszy naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, w związku z art. 91 ust. 1 Pzp – przez dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL, S.A. ul. Aleja Józefa Piłsudskiego 74, 41-303 D, a także

3)zarzut postawiony jako czwarty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez nierówne traktowanie wszystkich wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania podczas badania złożonych ofert, w szczególności przy dokonywaniu oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ –nie zostały wykazane przez odwołującego.

Izba stoi na stanowisku, że skoro zamawiający uznał, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, o czym wyżej, to zamawiający nie mógł naruszyć art. 91 ust. 1 Pzp nie wybierając oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, bo w momencie dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej – oferta odwołującego była już odrzucona i nie była już oceniana. Również zaniechanie wyboru oferty tego wykonawcy nie mogło stanowić naruszenia art. 7 ust. 1 lub 3 Pzp, a właśnie było wykazaniem stosowania się zamawiającego do przepisów, a zwłaszcza do zasad zamówień publicznych.

Art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«.

Art. 7 ust. 3 Pzp brzmi »Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy«.

Art. 91 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

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

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty związane z dojazdem pełnomocnika zamawiającego na wyznaczoną rozprawę Izby w kwocie 363,60 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47). Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający przedstawił swoje rachunki w kwocie 727,20 zł dotyczące kosztów dojazdu i noclegu na dwie rozprawy odbywające się w tym samym dniu, a więc na każdą z tych rozpraw przypada połowa kwot wykazanej przez zamawiającego.

Ad sygn. akt KIO 379/17

Zamawiający zawiadomił 17.02.2017 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, Al. Zagłębie Dąbrowskiego 15, 41-303 Dąbrowa Górnicza.

Wykonawca E. W. – prowadzący działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo Handlowe „WOLIMEX”, ul. Tarnowska 33 34-600 Limanowa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 24.02.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1)art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp przez ich niezastosowanie i nie wykluczenie wykonawcy Przedsiębiorstwa Miejskiego MZUM.PL S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, Al. Zagłębie Dąbrowskiego 15, 41-303 Dąbrowa Górnicza (dalej wykonawca MUZUM.PL) jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą;
 - 2)naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MZUM.PL pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - 3)art. 90 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MZUM.PL pomimo, że dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami powinna potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - 4)art. 8 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez nieuprawnione zastrzeżenie przez wykonawcę MZUM.PL wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa;
 - 5)art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
 - 6)art. 91 Pzp przez wybór, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MZUM.PL, która w przypadku prawidłowej oceny oferty nie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą;
 - 7)naruszenie innych przepisów powołanych w uzasadnieniu.
- Odwołujący wniósł o:

- 1)unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy MZUM.PL;
- 2)powtórzenia badania i oceny ofert, a w konsekwencji:
 - a)wykluczenia wykonawcy MZUM.PL,

b) odrzucenia oferty wykonawcy MZUM.PL,

c) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Nadto odwołujący wnosi o:

- 1) merytoryczne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania;
- 2) uwzględnienie odwołania;
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania zamówieniowego;
- 4) zasądzenie kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania od zamawiającego na rzecz odwołującego.

Argumentacja odwołującego

17.02.2017 r. odwołujący pocztą elektroniczną otrzymał od zamawiającego pismo, z którego treści wynikało, że zamawiający dokonał czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MZUM.PL na wykonawcę zamówienia publicznego, która to oferta otrzymała 100 pkt jako suma 60 pkt przyznanych za cenę oraz 40 pkt przyznanych za kryterium gwarancja.

W związku z powyższym, w pierwszej kolejności odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp przez ich niezastosowanie i niewykluczenie wykonawcy MZUM.PL jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i nieuznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą.

Zgodnie z § 6 SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu):

- »1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu.
2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu dotyczące:
 - 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:
Zamawiający nie określa żadnych warunków w tym zakresie.
 - 2) sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj.:
 - 2.1) posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 4 000 000 zł (cztery miliony zł);
 - 2.2) w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, osiągnęli minimalny roczny obrót w wysokości 8 000 000 zł (osiem milionów zł);
 - 2.3) posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 8 000 000 zł.

Wykonawca MZUM.PL w swoim oświadczeniu (formularz JEDZ) potwierdził wymagania zamawiającego w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. oświadczył, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 8 000 000 zł.

Następnie wykonawca MZUM.PL złożył ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej nr 6Ka 0319 0001, które nie opiewało na wymaganą przez zamawiającego kwotę gwarancyjną. Wykonawca jednak załączył aneks, w którym PZU S.A. potwierdziła, że zmienia sumę gwarancyjną odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej w umowie z 5 000 000 zł do 8 000 000 zł z zastrzeżeniem, że podwyższona suma gwarancyjna dotyczy tylko i wyłącznie postępowania przetargowego na wykonanie zadania „Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej z przyłączami w Gminie Jeleśnia (Mutne, Sopotnia Mała, Pewel Wielka) – kontrakt 18a”.

Nie jest to zgodne z wymaganiem zamawiającego, aby wykonawcy posiadali ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Nie sposób bowiem uznać, że przedmiotem działalności

wykonawcy jest złożenie oferty i branie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co więcej, składka wynikająca z powyższego aneksu miała zostać zgodnie z przedmiotowym dokumentem opłaconą do 10.01.2017 r., tj. 6 dni po terminie składania ofert. Zatem polisa nie była ważna w dniu składania ofert. Tym bardziej trudno będzie uznać, że spełnienie wymogu w sytuacji, w której polisa nie została w ogóle zapłaconą lub zapłaconą z opóźnieniem w stosunku do terminu płatności, powodując wygaśnięcie zobowiązania gwaranta.

Odwołujący wskazuje również na fakt, że polisa nie była podpisana przez wykonawcę. Dołączony za pismem przewodnim z 7.02.2017 r. dokument polisy zawiera podpisy pełnomocników ubezpieczyciela natomiast po drugiej stronie nie jest podpisany przez osoby działające w imieniu ubezpieczającego, jak też nie jest opatrzony stosowną pieczęcią. Nie został też dołączony żaden dokument potwierdzający uiszczenie opłaty polisy. Uchybienie to nie może być konwalidowane przez późniejsze opatrzenie pieczęcią za zgodność z oryginałem i podpisanie przez przedstawicieli ubezpieczonego.

Odwołujący wskazuje również na fakt, że okres obowiązywania aneksu datowany jest na 28.12.2016 r. – 26.02.2017 r.

Ponadto odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MZUM.PL, pomimo że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz naruszenie art. 90 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MZUM.PL, pomimo że dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami powinna potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W piśmie z 16.02.2017 r. zamawiający podaje, że działając na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, tj. przepisu stanowiącego, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, odrzuca w przedmiotowym postępowaniu oferty innych wykonawców.

Odwołujący wskazuje, że wykluczeni wykonawcy (z cenami: 5 841 190,67 zł i 6 641 320,18 zł) podali ceny wyższe od ceny wykonawcy MZUM.PL (cena 5 659 432,83 zł), a pomimo tego zostali z postępowania wykluczeni.

Ponadto odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez nieuprawnione zastrzeżenie przez wykonawcę MZUM.PL wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie powyższych wyjaśnień jest nieuprawnione i uniemożliwia pozostałym wykonawcom rzetelną ocenę złożonej przez wykonawcę oferty (podobnie wyrok KIO 242/17, w którym Izba podziela wyrok KIO 110/17).

W przedmiotowej sprawie inni wykonawcy są pozbawieni możliwości weryfikacji, czy wykonawca MZUM.PL wykazał skutecznie konieczności utajnienia wyjaśnień w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Taka sytuacja powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 24.02.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 24.02.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

27.02.2017 r. wykonawca MZUM.PL złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

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

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu pierwszego, piątego i szóstego, a w zakresie pozostałych zarzutów drugiego, trzeciego i czwartego odwołujący nie wykazał zasadności, a ponadto odwołujący wycofał na rozprawie zarzut siódmy naruszenie innych przepisów powołanych w uzasadnieniu.

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

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

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

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp – przez ich niezastosowanie i nie wykluczenie wykonawcy MZUM.PL jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą oraz zarzut szósty naruszenia art. 91 Pzp przez wybór, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MZUM.PL, która w przypadku prawidłowej oceny oferty nie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą – zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zamawiający w § 6 ust. 2 pkt 2.3 Instrukcji dla Wykonawców będącej częścią I SIWZ wskazywał, że cyt. »O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu dotyczące [...] posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 8 000 000 złotych«.

Przystępujący wykonawca MZUM.PL w swoim oświadczeniu (formularz JEDZ) potwierdził wymagania zamawiającego w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. oświadczył, że posiada ubezpieczenie od

odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 8 000 000 zł. Następnie wykonawca złożył ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej nr 6Ka 0319 0001, które nie opiewało na wymaganą przez zamawiającego kwotę gwarancyjną (5 000 000 zł). Wykonawca jednak załączył aneks, w którym ubezpieczyciel PZU cyt. »potwierdza zmianę sumy gwarancyjnej odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej w umowie ubezpieczenia potwierdzoną polisą jak wyżej z 5 000 000 zł do 8 000 000 zł z zastrzeżeniem, że podwyższona suma gwarancyjna dotyczy tylko i wyłącznie postępowania przetargowego na wykonanie zadania „Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej z przyłączami w Gminie Jeleśnia (Mutne, Sopotnia Mała, Pewel Wielka) – kontrakt 18a”«.

Izba stwierdza, że podstawą do żądania przez zamawiającego potwierdzenia posiadania takiego ubezpieczenia przez wykonawcę jest art. 22 ust. 1b pkt 2 Pzp, a w szczególności przepis § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) »W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać następujących dokumentów [...] potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego«. Przepis art. 22 ust. 1b Pzp brzmi »Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć [...] sytuacji ekonomicznej lub finansowej«.

Z zacytowanego postanowienia specyfikacji nie wynika, aby zamawiający żądał przedstawienia polisy z jakimikolwiek zastrzeżeniami. Co więcej z zacytowanych przepisów nie wynika, aby zamawiający mógł sformułować takie zastrzeżenie. W związku z tym wykonawcy powinni złożyć potwierdzenie spełnienia tego warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na całą sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego, czyli na co najmniej 8 000 000 zł.

Ze względu na brak złożenia takiego dokumentu przez przystępującego MZUM.PL, zamawiający nie mógł dokonać wyboru oferty tego wykonawcy, ale powinien zastosować się do art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«. W związku z tym należy uznać czynność wyboru tego wykonawcy jako niezgodną z przepisami i należy unieważnić czynność badania i oceny ofert oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy MZUM.PL oraz nakazać powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający powinien również wyjaśnić kwestię braku podpisu wykonawcy pod aneksem, ale ze względu na zastrzeżenie dyskwalifikujące ten aneks nie jest to istotne w sprawie.

W związku z tym również zarzut piąty naruszenia – art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców zasługuje na uwzględnienie.

Izba zajmuje stanowisko, że odwołujący nie wykazał pozostałych zarzutów.

W ocenie Izby: zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MZUM.PL, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zarzut trzeci naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MZUM.PL, pomimo że dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami powinna potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zarzut czwarty naruszenia

art. 8 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez nieuprawnione zastrzeżenie przez wykonawcę MZUM.PL wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa – nie zasługują na uwzględnienie.

U zamawiającego zrodziły się wątpliwości dotyczące wysokości zaoferowanej ceny przez wykonawcę MZUM.PL. W związku z tym zamawiający wszczął procedurę wyjaśnienia czy cena nie jest rażąco niska. W sprawie istotne jest, zdaniem Izby, że wykonawca MZUM.PL zastrzegł wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto, zdaniem Izby, zamawiający właściwie uznał, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne.

Odwołujący w piśmie procesowym wskazał na 7 elementów kosztorysowych, które – zdaniem odwołującego zostały zaniżone przez wykonawcę MZUM.PL. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że zamawiający uzyskał odpowiednie wyjaśnienia zaoferowanych cen przez przystępującego MZUM.PL. Izba stwierdza, że wyjaśnienia te są wystarczające do tego, aby zamawiający uznał, że cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską i aby oferta wykonawcy

MZUM.PL nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«. Należy też stwierdzić, że w zakresie rażąco niskiej ceny to zamawiający każdorazowo ocenia wyjaśnienia każdego wykonawcy indywidualnie. Zależnie od konkretnej argumentacji zamawiający może uznać ofertę droższą za zawierającą rażąco niską cenę.

Ponadto Izba stwierdza, że odwołujący nie uzasadnił naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w kontekście zarzutu nieuprawnionego zastrzeżenia przez wykonawcę MZUM.PL jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z tym Izba stwierdza, że nie może uznać za uzasadnione zarzutów drugiego i trzeciego naruszenia – art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 90 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MZUM.PL oraz zarzut czwartego naruszenia art. 8 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez nieuprawnione zastrzeżenie przez wykonawcę MZUM.PL wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa – nie zasługują na uwzględnienie.

Z powyższych względów Izba uwzględniła zarzuty pierwszy, piąty i szósty odwołania, jak w sentencji, a Izba nie może uwzględnić zarzutów drugiego, trzeciego i czwartego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący:.....