

Sygn. akt: KIO 2603/17

POSTANOWIENIE
z dnia 21 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 21 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 8 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o., ul. Gdańska 60, 83-022 Suchy Dąb** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **„Ekoopał” O., S. Spółka Jawna, ul. Krasickiego 1, 83-200 Stargard Gdański** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o., ul. Gdańska 60, 83-022 Suchy Dąb i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o., ul. Gdańska 60, 83-022 Suchy Dąb tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Miasto Gdańsk jako Zamawiający upoważniony do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia także na rzecz innych Zamawiających: Gminy Stegna, Gminy Subkowy, Gminy Sztutowo, Gminy Cedry Wielkie, Gminy Nowy Dwór Gdański, Gminy Wejherowo, Gminy Linia, Gminy Żukowo, Gminy Miasta Krynica Morska, Gminy Ostaszewo, Powiatu Puckiego, Powiatu Gdańskiego (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Sukcesywna dostawa oleju opałowego lekkiego gatunku L-1 do celów grzewczych”. Postępowanie to prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2017 r. pod numerem 2017/S 168-345178.

W dniu 8 grudnia 2017 r. wykonawca P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 30 listopada 2017 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu działanie niezgodne z przepisami ustawy Pzp poprzez:

1. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na nie dokonaniu czynności sprostowania oczywistych omyłek w treści oferty złożonej przez Odwołującego,

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i uznanie, że złożona oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny,

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, która w ocenie Zamawiającego była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

4. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w sposób umożliwiający ocenę - jakie błędy w ofercie znalazł Zamawiający i na czym one polegają, a także dlaczego uznał je za błędy w obliczeniu ceny, a nie omyłki rachunkowe - w konsekwencji niewykazanie powodów odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. dokonania poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego,
5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił w dniu 11 grudnia 2017 r. wykonawca „Ekoopał” O., S. Spółka jawna.

W dniu 15 grudnia 2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp wskazując, że odwołanie zostało wniesione na czynność wykonaną zgodnie z uznanym odwołaniem (sygn. akt KIO 2368/17).

Izba, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez Zamawiającego, mając na względzie znane jej z urzędu orzeczenie wydane przez Izbę we wcześniej toczącym się postępowaniu odwoławczym, dokonała następujących ustaleń:

W dniu 3 listopada 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o.

Ww. czynność Zamawiającego została zakwestionowana przez wykonawcę „Ekoopał” O., S. Spółka jawna odwołaniem wniesionym w dniu 10 listopada 2017 r. Wykonawca „Ekoopał” Ossowski, Stenka Spółka jawna zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o. zawiera oczywistą omyłkę rachunkową i dokonanie sprostowania tej oferty, podczas gdy winna być ona oceniona jako oferta, która zawiera błędy w obliczeniu ceny i ulec odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Błąd w obliczeniu ceny polegał na podaniu w ofercie przez P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o. błędnej ceny brutto producenta za 1l oleju opałowego w kwocie 2,1470 zł, która nie obowiązywała na dzień 31.08.2017 r. oraz zaoferowania na tej podstawie ceny ogółem brutto w nieprawidłowej wysokości 2 527 169,82 zł. Powyższego błędu nie można uznać za nieprawidłowe wykonanie czynności arytmetycznych pozwalających na przyjęcie, że stanowi on omyłkę rachunkową, a błąd w obliczeniu ceny, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy

Pzp, polegający na nieprawidłowym ustaleniu stanu faktycznego w zakresie ceny producenta za 1l oleju opałowego obowiązującej na dzień 31.08.2017 r.

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z zapisami Rozdziału 8 pkt 1 oraz pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez jego niezastosowanie i brak odrzucenia oferty P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o. jako oferty, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który polegał na podaniu w ofercie przez P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o. błędnej ceny brutto producenta za 1l oleju opałowego w kwocie 2,1470 zł, która nie obowiązywała na dzień 31.08.2017 r., mimo wymogu podania takiej ceny zgodnie z Rozdziałem 8 pkt 7 SIWZ. Błąd oferenta polegał na podaniu ceny ofertowej netto, jako ceny ogółem brutto wbrew wymogowi Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikającego z Rozdziału 8 SIWZ

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nakazującego Zamawiającemu prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wszystkich wykonawców. Poprawienie oferty P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o. jako oczywistej omyłki rachunkowej stoi w sprzeczności z zasadą niezmienności oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie poprawienia oferty poprzez podwyższenie jej ceny o 23% w sytuacji, gdy wykonawca zna już ceny ofert złożonych przez pozostałych wykonawców i może ocenić, że nawet po podwyższeniu wynagrodzenia jego oferta pozostanie najkorzystniejsza, prowadzi do manipulowania przez wykonawców ceną oferty i wynikiem postępowania.

Wykonawca „Ekoopał” O., S. Spółka jawna wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 3 listopada 2017 r.
2. unieważnienia czynności polegających na poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o.
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert
3. uznanie, że oferta P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o. obarczona jest błędem w obliczeniu ceny i z tego powodu podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ewentualnie, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i z tego powodu podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp
4. ponowny wybór najkorzystniejszej oferty.

Do wywołanego ww. odwołaniem postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 2368/17), w terminie wynikającym z przepisów ustawy Pzp nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający w piśmie z dnia 16 listopada 2017 r. (tj. przed otwarciem rozprawy) uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła ww. postępowanie odwoławcze postanowieniem z dnia 22 listopada 2017 r. stwierdzając, że „w świetle oświadczenia Zamawiającego, wobec braku skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Ponieważ w postępowaniu odwoławczym żaden wykonawca nie przystąpił w terminie po stronie Zamawiającego, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze”.

W dniu 30 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 3 listopada 2017 r., tj. czynności wyboru oferty P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o. Zamawiający uzasadniając swoją decyzję przedstawił stan faktyczny zaistniały w postępowaniu, tj. okoliczności wniesienia odwołania przez wykonawcę „Ekoopał” O., S. Spółka jawna, jego uwzględnienia w całości przez Zamawiającego oraz umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę postanowieniem z dnia 22 listopada 2017 r.

Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający poinformował również o unieważnieniu czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o.

Zamawiający, po dokonaniu powtórnej oceny ofert, jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy „Ekoopał” O., S. Spółka jawna.

Czynność ta została zakwestionowana odwołaniem wniesionym w dniu 8 grudnia 2017 r. przez wykonawcę P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o. będącym przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba zważyła, że ustawa Pzp w art. 186 ust. 2 daje zamawiającemu możliwość uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W takim przypadku Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Ustawa Pzp zastrzega, że w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Ustawodawca nie przewidział przy tym możliwości badania przez Izbę zasadności takiego uwzględnienia. Uwzględnienie przez zamawiającego odwołania, przy braku wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego, skutkuje umorzeniem postępowania. Jediną drogą do zakwestionowania takiego uwzględnienia przez zamawiającego odwołania jest sprzeciw zgłoszony przez wykonawcę, który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (art. 186 ust. 4 ustawy Pzp). W postępowaniu odwoławczym toczącym się na skutek wniesienia odwołania przez wykonawcę „Ekoopał” O., S. Spółka jawna (sygn. akt KIO 2368/17) obecny Odwołujący P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o. nie dochował terminu na zgłoszenie przystąpienia, nie przystąpił zatem skutecznie do postępowania odwoławczego, a tym samym nie dochował należytej staranności w obronie własnych interesów.

Izba stwierdziła, że odwołanie wniesione przez wykonawcę P. H. E.P.T. Master Sp. z o.o. dotyczy czynności zamawiającego wykonanej zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wykonawcy „Ekoopał” O., S. Spółka jawna z dnia 10 listopada 2017 r. Okoliczność tę potwierdził sam Odwołujący na posiedzeniu stwierdzając, że Zamawiający uwzględniając odwołanie z dnia 10 listopada 2017 r. w całości zrealizował żądania ówczesnego Odwołującego czy też że czynności zostały wykonane przez Zamawiającego zgodnie z treścią odwołania z dnia 10 listopada 2017 r.

Ustawodawca postanowił w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, że czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu, nie może zostać podważona kolejnym odwołaniem. Ustawodawca, mając na uwadze ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i moc wiążącą orzeczeń Izby, przewidział uprawnienie dla każdego podmiotu, którego interesu dotyczy postępowanie odwoławcze, do wzięcia w nim udziału i dochodzenia ochrony. Nie skorzystanie przez dany podmiot z takiego uprawnienia skutkuje tym, że dany podmiot pozostaje związany orzeczeniem Izby i uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, jako że dotyczy ono czynności, którą, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: