

WYROK
z dnia 29 marca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ekoinstal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skierniewicach, Ech-Therm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łowiczu, Enviroenergy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łowiczu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Biskupiec z siedzibą w Biskupcu

przy udziale wykonawcy M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma B. – Grupa SBS M. B. z siedzibą w Brodnicy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma B. – Grupa SBS M. B. z siedzibą w Brodnicy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Kompleksowa modernizacja budynków użyteczności publicznej w miejscowości Biskupiec z zastosowaniem odnawialnych źródeł energii”.

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ekoinstal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skierniewicach, Ech-Therm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Łowiczu, Enviroenergy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łowiczu w „kryterium czas naprawy zgłoszonej usterki” i przyznawanie 15 punktu za zaoferowany czas naprawy zgłoszonej usterki wynoszący 24 godziny.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Biskupiec z siedzibą w Biskupcu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ekoinstal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skierniewicach, Ech-Therm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łowiczu, Enviroenergy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łowiczu tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Gminy Biskupiec z siedzibą w Biskupcu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ekoinstal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skierniewicach, Ech-Therm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łowiczu, Enviroenergy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łowiczu kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Biskupiec - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Kompleksowa modernizacja budynków użyteczności publicznej w miejscowości Biskupiec z zastosowaniem odnawialnych źródeł energii.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 stycznia 2017 roku pod numerem ogłoszenia 9282 -2017.

15 marca 2017 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Ekoinstal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skierniewicach, Ech-Therm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łowiczu, Enviroenergy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łowiczu - wnieśli odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego:

- czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę „B.” — Grupa SBS M. B., ul. Bat. Chłopskich 24, 87-300 Brodnica (dalej „B.”) jako najkorzystniejszej oferty,
- czynności badania i oceny ofert, w tym przyznania ofertom punktów niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”),
- zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu aby:

- unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy B. jako najkorzystniejszej oferty,
- dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym przyznał złożonym ofertom punkty zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, w szczególności przyznał ofercie Odwołującego najwyższą liczbę punktów, tj. 100 punktów, natomiast ofercie wykonawcy B.-99,84 punktów,

- dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że ma interes do wniesienia odwołania, bowiem Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertą, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, jest bowiem ofertą, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, określonych w SIWZ. Zatem to oferta Odwołującego powinna otrzymać najwyższą liczbą punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

I.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Powyższy przepis nakazuje zatem Zamawiającemu, aby przyznając ofertom punkty w ramach kryteriów oceny ofert przestrzegał zasad punktacji określonych w SIWZ.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wskazał w SIWZ trzy kryteria oceny ofert:

- 1) cena - o wadze 60 punktów,
- 2) gwarancja i rękojmia - o wadze 25 punktów,
- 3) czas naprawy zgłoszonej usterki - o wadze 15 punktów.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj. oferta wykonawcy B. oraz oferta Odwołującego. Ww. wykonawcy zaoferowali Zamawiającemu następujące warunki oceniane w ramach kryteriów oceny ofert:

- 1) cena - Odwołujący zaoferował cenę wynoszącą 3.987.000,01 zł (brutto), za co Zamawiający prawidłowo przyznał mu 60 punktów. Wykonawca B. zaoferował cenę wynoszącą 3.997.100,00 zł (brutto), za co prawidłowo otrzymał 59,84 punktów;
- 2) gwarancja i rękojmia - zarówno Odwołujący jak i wykonawca B. zaoferowali okres

gwarancji wynoszący 7 lat, za co Zamawiający prawidłowo przyznał każdemu z nich po 25 punktów;

- 3) czas naprawy zgłoszonej usterki - Odwołujący zaoferował czas naprawy wynoszący 24 godziny, za co Zamawiający nieprawidłowo przyznał mu jedynie 7 punktów. Z kolei wykonawca B. zaoferował czas naprawy wynoszący 0-24 godzin, za co Zamawiający przyznał mu 15 punktów, tj. maksimum punktów do uzyskania w tym kryterium.

W rezultacie oferta wykonawcy B. otrzymała 99,84 punktów, natomiast oferta Odwołującego - 92 punkty.

Odwołujący nie zgodził się z powyższą punktacją a zwłaszcza z punktacją przyznaną jego ofercie w ramach kryterium czas naprawy zgłoszonej usterki. Odwołujący nie otrzymał w ramach ww. kryterium maksimum punktów (tj. 15 punktów), lecz jedynie 7 punktów i w rezultacie łączna liczba punktów, które Zamawiający przyznał jego ofercie, okazała się mniejsza od łącznej liczby punktów, które Zamawiający przyznał ofercie wykonawcy B. . Tymczasem zarówno Odwołujący jak i wykonawca B. w ramach kryterium czas naprawy zgłoszonej usterki powinni otrzymać tą samą liczbę punktów, tj. 15 punktów, gdyż obydwaj wykonawcy zaoferowali ten sam czas naprawy, tj. do 24 godzin. W tym zakresie nie ma żadnej różnicy pomiędzy ofertą wykonawcy B. a ofertą Odwołującego, różnica dotyczy jedynie sposobu zapisu oferowanego czasu naprawy zgłoszonej usterki. Wykonawca B. czas ten określił w swojej ofercie jako przedział: 0-24 godzin, natomiast Odwołujący jako maksymalny czas 24 godzin. Innymi słowy Odwołujący zaoferował, że czas naprawy zgłoszonej usterki wyniesie do 24 godzin, dokładnie tak samo jak wykonawca B. . Warunki zaoferowane w tym zakresie przez Odwołującego i wykonawcę B. są identyczne, zatem w identyczny sposób powinny zostać ocenione przez Zamawiającego.

W rezultacie Zamawiający powinien przyznać ofercie Odwołującego najwyższą liczbą punktów, tj. 100 punktów (60 + 25 + 15), natomiast ofercie wykonawcy B. - 99,84 punktów (59,84 + 25 + 15).

Odwołujący wskazał, że nie wie dlaczego Zamawiający w ramach kryterium czas naprawy zgłoszonej usterki przyznał jego ofercie inną, tj. mniejszą, liczbę punktów niż ofercie wykonawcy B. . Zamawiający nie wyjaśnił tego w żaden sposób, zatem Odwołujący może jedynie przypuszczać, że powodem takiego postępowania Zamawiającego była pewna wadliwość SIWZ dotycząca zasad przyznawania punktów w ramach ww. kryterium.

Mianowicie Zamawiający określił te zasady w SIWZ (Rozdział 14, pkt I. 3, str. 28) w następujący sposób:

„3. Oferty w kryterium czas naprawy zgłoszonej usterki (U) oceniane będą w odniesieniu do najkrótszego czasu naprawy zgłoszonej usterki w urządzeniach zamontowanych lub

dostarczonych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia przedstawionego przez wykonawców zastrzegając, iż minimalny okres wynosi 0-24 godziny wg poniższego wzoru:

- a) 0-24 godziny - 15 punktów
- b) 24-46 godzin - 7 punktów
- c) 48- 72 godziny - 5 punktów
- d) 72 godziny i więcej - 0 punktów”

Odwołujący wskazał, że jak widać, czas naprawy wynoszący 24 godziny został omyłkowo umieszczony w dwóch przedziałach: 0-24 godziny, za który przyznawano 15 punktów i 24-48 godzin, za który przyznawano 7 punktów. Niemniej jednak wszelkie ewentualne wątpliwości co do liczby punktów w przypadku zaoferowania czasu naprawy wynoszącego 24 godziny rozwiewa Rozdział 14, pkt I. 3, ppkt 3) SIWZ (str. 28), gdzie Zamawiający jasno i wyraźnie wskazał, że:

„3) Oferta z terminem naprawy do 24 godzin otrzyma maksymalną ilość punktów.”

Ponieważ Odwołujący, tak samo jak wykonawca B., zaoferował właśnie termin naprawy do 24 godzin, to jego oferta powinna otrzymać maksymalną liczbę punktów, czyli 15 punktów. Odwołujący podkreślił przy tym, że zastosowany przez niego sposób zapisu oferowanego czasu naprawy zgłoszonej usterki jest w pełni zgodny z SIWZ. Zamawiający wskazał w Rozdziale 14, pkt 3, ppkt 2) SIWZ (str. 28), że:

„2) Punkty zostaną przyznane na podstawie oświadczenia złożonego w treści Formularza Ofertowego (Załącznik nr 1 do SIWZ). W przypadku nie podania przez wykonawcę w treści Formularza ofertowego (Załącznik nr 1) okresu gwarancji i rękojmi, zamawiający do oceny oferty przyjmie maksymalny okres tj. 72 godzin i więcej i nie przyzna punktów w tym kryterium.”

Z kolei w Załączniku nr 1 do SIWZ odnośnie czasu naprawy zgłoszonej usterki Zamawiający zamieścił następujące postanowienie:

„3. oferowany czas naprawy zgłoszonej usterki wynosi.....godzin (podać liczbę godzin)”

Zamawiający wymagał zatem od wykonawców podania liczby godzin i Odwołujący to właśnie uczynił, podając w swojej ofercie liczbę 24 godzin. Zamawiający nie wymagał natomiast od wykonawców podania przedziału godzin, tak jak to uczynił w swojej ofercie wykonawca B., podając przedział 0-24 godzin. Niezależnie od powyższego Odwołujący raz jeszcze podkreśla, że co do czasu naprawy zgłoszonej usterki nie ma żadnej różnicy pomiędzy ofertą wykonawca B. a ofertą Odwołującego. Odwołujący zaoferował, że czas naprawy zgłoszonej usterki wyniesie do 24 godzin, dokładnie tak samo jak wykonawca B. .

Nie ma też żadnej wątpliwości, że podana w ofertach liczba godzin to maksymalny oferowany czas naprawy zgłoszonej usterki. Powyższe wynika choćby z § 9 ust. 11 wzoru umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ), który zawiera następujące postanowienie:

„11. Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia zgłoszonych pisemnie przez użytkownika wad i usterek w ciągu.....godzin (zgodnie z ofertą), w tym awarii urządzeń i Instalacji.”

Nie jest zatem tak, że Odwołujący zaoferował Zamawiającemu czas naprawy zgłoszonej usterki wynoszący minimum 24 godziny, przeciwnie, Odwołujący zaoferował, że czas naprawy zgłoszonej usterki wyniesie maksimum 24 godziny, dokładnie tak samo jak wykonawca B. .

Zgodnie z art. 457 Kodeksu cywilnego, mającego tutaj zastosowanie na mocy odesłania z art. 14 ust. 1 ustawy, termin spełnienia świadczenia oznaczony przez czynność prawną poczytuje się w razie wątpliwości za zastrzeżony na korzyść dłużnika (tutaj: wykonawcy). Powyższa reguła oznacza, że dłużnik może świadczyć wcześniej niż w określonym ostatnim dniu terminu (przed jego upływem), natomiast wierzyciel nie może wymagać od dłużnika wcześniejszego spełnienia świadczenia. Jeżeli jednak dłużnik zdecyduje się wcześniej spełnić świadczenie, to wierzyciel jest zobowiązany zaoferowane świadczenie przyjąć. Zatem zaoferowany przez Odwołującego czas naprawy zgłoszonej usterki wynoszący 24 godziny niczym nie różni się od czasu naprawy zaoferowanego przez wykonawcę B. i określonego jako przedział 0-24 godziny. I w jednym i w drugim wypadku wykonawca będzie mógł spełnić świadczenie (wykonać naprawę) wcześniej, natomiast i w jednym i w drugim wypadku maksymalny czas na spełnienie świadczenia (wykonanie naprawy) będzie wynosił 24 godziny. Innymi słowy także w przypadku wykonawcy B. Zamawiający dopiero po upływie 24 godzin będzie mógł uznać, że wykonawca ten opóźnia się z usunięciem zgłoszonych pisemnie przez użytkownika wad i usterek.

Odwołujący podkreślił, że podstawową zasadą systemu zamówień publicznych jest wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak to słusznie wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 84/12: „zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy «oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w te i samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców» (porównaj: postanowienie

Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIH Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08)."

Zamawiający naruszył powyższą zasadę, gdyż różnie potraktował i ocenił oferty, w których zaoferowano identyczny czas naprawy zgłoszonej usterki, wynoszący w obu wypadkach maksimum 24 godziny. Zamawiający w ramach kryterium czas naprawy zgłoszonej usterki zarówno ofercie wykonawcy B. jak i ofercie Odwołującego powinien przyznać tą samą maksymalną liczbę punktów, tj. 15 punktów. W rezultacie Zamawiający powinien przyznać ofercie Odwołującego najwyższą liczbą punktów, tj. 100 punktów (60 + 25 + 15), natomiast ofercie wykonawcy B. - 99,84 punktów (59,84 + 25 + 15). Tym samym Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą, bowiem jak sam wskazał Zamawiający w Rozdziale 14, pkt II. SIWZ (str. 28): „za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta z największą liczbą punktów”.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 marca 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 10 marca 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma B. – Grupa SBS M. B. z siedzibą w Brodnicy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane na rozprawie przez Odwołującego i przeprowadziła dowód z wyciągu ze Słownika języka polskiego (PWN) Wydawnictwo Naukowe PWN S.A. oraz z wyciągu z Nowego słownika poprawnej polszczyzny PWZ Wydawnictwo Naukowe PWN S.A. (3 karty).

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołanie uwzględniła.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy przedstawiony przez Odwołującego odzwierciedla czynności dokonywane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również odzwierciedla postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami.

II.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Ustawa Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”):

- art. 7 ust. 1 ustawy - *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 ustawy – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

- art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...).*

IV.

Spór w tej sprawie dotyczy tego, jak w obliczu postanowień SIWZ, dokładnie rozdziału 14 Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (...) Zamawiający, oceniając złożone oferty w postępowaniu miał przydzielić punkty w kryterium czas naprawy zgłoszonej usterki (U).

Zgodnie z ww. rozdziałem SIWZ (Rozdział 14, pkt I. 3, str. 28) Zamawiający określił, że oferty w kryterium czas naprawy zgłoszonej usterki (U) oceniane będą w odniesieniu do najkrótszego czasu naprawy zgłoszonej usterki w urządzeniach zamontowanych lub dostarczonych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia przedstawionego przez wykonawców zastrzegając, że minimalny okres wynosi 0-24 godziny wg poniższego wzoru: 0-24 godziny -15 punktów, 24-46 godzin - 7 punktów. W rozdziale 14, pkt I. 3, ppkt 3) SIWZ (str. 28), Zamawiający jasno i wyraźnie wskazał, że oferta z terminem naprawy do 24 godzin otrzyma maksymalną ilość punktów.

Izba podkreśla w tym miejscu, że Zamawiający utworzył przedziały czasowe i zaoferowanie czasu naprawy zgłoszonej usterki powinno być określone konkretną cyfrą (jedną cyfrą, a nie przedziałem czasowym), co wynika z ukształtowanych postanowień SIWZ oraz załączników, i tak zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ – Oferta przetargowa oferowany czas naprawy zgłoszonej usterki wynosi.....godzin (podać liczbę godzin), tak samo w Załączniku nr 7 – Wzór umowy § 9 ust. 11, gdzie Zamawiający jasno określił, że: „Wykonawca zobowiązuje się do usunięcia zgłoszonych pisemnie przez użytkownika wad i usterek w ciągu.....godzin (zgodnie z ofertą), w tym awarii urządzeń i Instalacji.” Izba podkreśla, że z treści SIWZ i załączników do SIWZ, z żadnego miejsca SIWZ nie wynika, aby Zamawiający żądał podania

przy konkretnej cyfrze przymyka „do” na co wskazywał uczestnik postępowania odwoławczego. Z treści formularza Oferty przetargowej w sposób jednoznaczny wynika, że Zamawiający wymagał podania konkretnej, danej wartości liczbowej. Skonkretyzowanie, uszczegółowienie jakie zostało podane przez Zamawiającego (rozdziale 14, pkt I. 3, ppkt 3) SIWZ) stanowiło uszczegółowienie, wyjaśnienie, rozstrzygnięcie wszelakich wątpliwości. W tym miejscu Izba wskazuje, że w trakcie rozprawy Zamawiający oświadczył, że w jego ocenie „do 24 godzin” i „24 godziny” są to dwa różne terminy, jednakże Zamawiający również oświadczył, że „rozdzielenie to z użyciem „do” nie wynika z żadnych postanowień SIWZ”.

Podanie konkretnej wartości liczbowej - w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w kryterium czas naprawy zgłoszonej usterki (U) - stanowiło maksymalną wartość, czas w jakim zobowiązuje się wykonawca usunąć usterki:

- po pierwsze, wynika to w sposób jednoznaczny z samego postanowienia SIWZ, gdzie Zamawiający określił przedziały liczbowe stanowiące jednocześnie maksymalne granice wartościowe, tak więc wykonawca w przedziale 0-24 godziny mógł zaoferować każdą wartość wchodzącą w ten przedział tj.: np. 2 godziny, 12 godzin jak i 24 godziny – co warto podkreślić w swojej wypowiedzi w trakcie rozprawy potwierdził również uczestnik postępowania odwoławczego, który w odpowiedzi na pytanie wyjaśnił, że może zrealizować naprawę zgodnie ze złożonym oświadczeniem w ofercie 0-24 w dowolnej ilości godzin, to może być zarówno 2 godziny, jak i 12, jak i 24 godziny.

- Po drugie, zgodnie z SIWZ Zamawiający wskazał jednoznacznie, że oferta z terminem naprawy do 24 godzin otrzyma maksymalną ilość punktów, a zgodnie z przedstawionymi przez Odwołującego dowodami, których nie kwestionował Zamawiający i uczestnik postępowania odwoławczego, użycie przymyka „do” oznacza w połączeniu z określeniami czasu końcowy moment czynności (np.: pracować do wieczora, iść do utraty tchu) jak również wskazuje się, że tworzy określenia czasu oznaczające końcową fazę, końcowy moment czynności (np.: czekaj na mnie do siódmej, do końca roku musimy spłacić kredyt). Tym samym określenie przez Zamawiającego „oferta z terminem naprawy do 24 godzin otrzyma maksymalną ilość punktów” stanowiło określenie czasu oznaczające końcową fazę, moment czynności końcowym, który w tym przypadku stanowi 24 godziny. Podkreślenia wymaga, że wykonawcy w formularzu Oferty mieli podać konkretną wartość liczbową, która następnie będzie miała odzwierciedlenie w zawartej umowie. W obliczu przedstawionych przez Odwołującego dowodów argumentacja uczestnika postępowania odwoławczego zawarta w zgłoszonym przystąpieniu nie znajduje żadnego uzasadnienia. Błędne jest rozumienie uczestnika postępowania odwoławczego, że „czas naprawy wynosi wyłączenie

24 godziny”, bowiem jak zostało wykazane powyżej, wykonawca w treści oferty miał podać konkretną wartość (jedną), a nie przedział czasowy oraz zgodnie z SWIZ podanie tej konkretnej wartości stanowi granicę, maksymalny czas realizacji. Błędne i nie znajdujące również uzasadnienia w treści SWIZ jest stanowisko uczestnika postępowania, że w kryterium oceny ofert w pierwszym przedziale dla pełnomocnika górną granicą są 23 godziny, niezrozumiała w obliczu postanowień SIWZ, a zarazem sprzeczne wewnętrznie w argumentacji uczestnika postępowania odwoławczego jest wskazanie, że zgodnie z par. 9 ust. 12 umowy zobowiązany będzie powiadomić pisemnie Zamawiającego o fakcie, że nie możliwe jest usunięcie usterki we wskazanym terminie najpóźniej do 23 godzin i 59 minut (jest to mnie niż 24 godziny). Z przedstawionych wyżej argumentów uczestnika postępowania odwoławczego wynika to, że są one wewnętrznie sprzeczne, raz bowiem wyjaśnia, że prawidłowo w pierwszym przedziale kryterium (w lit. a) jest możliwa realizacja usunięcia usterek w 24 godziny, następnie twierdzi, że tą górną granicą na usunięcie usterek w tym samym przedziale kryterium są 23 godziny, a jeszcze później wyjaśnia, że są to 23 godziny i 59 minut – przy czym podnoszą swoją zmienną argumentację, w żaden sposób nie odnosi się do treści SIWZ.

- Po trzecie, Izba podziela w całości argumentację Odwołującego opartą o art. 457 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym, termin spełnienia świadczenia oznaczony przez czynność prawną poczytuje się w razie wątpliwości za zastrzeżony na korzyść dłużnika (tutaj: wykonawcy). Na podstawie tej regulacji, przekładają tą realia rozpoznawanej sprawy wykonawca jest uprawniony ale nie zobowiązany do wykonania naprawy usterek przed nadejściem określonego w formularzu Oferty, a następnie przeniesionego do umowy, terminu naprawy usterki.

Zupełnie niezrozumiała, jak i sprzeczna wewnętrznie jest argumentacja uczestnika postępowania odwoławczego że w kryterium oceny ofert w pierwszym przedziale dla pełnomocnika górną granicą są 23 godziny. Natomiast zaoferowanie 24 godzin jest próbą zmanipulowania złożonej oferty i biorąc pod uwagę chęć uzyskania 15 punktów w pierwszym kryterium pozostawienie sobie furtki do realizacji napraw zgłoszonych usterek w czasie do 48 godzin. Izba wyjaśnia, że czym innym są przedziały w ocenie kryteriów oceny ofert i one są obowiązujące na etapie przygotowania ofert do złożenia w postępowaniu, bowiem wtedy wykonawca wybiera dany przedział, daną wartość liczbową i tą konkretną wartość oferuje Zamawiającemu. Ta wartość zgodnie z SWIZ stanowi wartość maksymalną i nie ma takiej możliwości, aby na etapie realizacji inwestycji wykonawca wykraczał poza jej wartość (przy podstawowym sposobie usuwania usterek, bez powiadamiania Zamawiającego). Taka argumentacja uczestnika postępowania odwoławczego mogła stanowić wynik

niezrozumienia postanowień formularza Oferty przetargowej i polecenia wskazania konkretnej wartości godzinowej czy też wzoru umowy, ponieważ wskazał przedział godzinowy 0-24 godzin, a nie konkretną wartość lub stanowi swoistą próbę argumentacji mającą na celu eliminację z postępowania oferty Odwołującego. Niezależnie od tego czego wynikiem jest taka argumentacja uczestnika postępowania odwoławczego zawarta w zgłoszonym przystąpieniu oraz podniesiona na rozprawie nie może i nie znajduje ona uznania z uwagi na jej niezasadność wynikającą z niespójności z treścią SWIZ i załączników do SIWZ oraz niezgodności z językowym znaczeniem użytych zwrotów, jak również – na co wskazuje wyżej przytoczona argumentacja uczestnika postępowania odwoławczego z rozprawy – brakiem zrozumienia podstawowych reguł mających zastosowanie na etapie składania ofert oraz na etapie realizacji zamówienia.

Nie znajduje w obliczu postanowień SWIZ – co przyznał Zamawiający - uzasadnienie zróżnicowania oceny przy wskazaniu „do 24 godzin” i „24 godziny”. Zamawiający również podał, że w przewidzianej punktacji w kryterium czas naprawy zgłoszonej usterki „błędnie określił, że 24 występuje 2-krotnie zarówno w lit. a i lit. b” – Izba podkreśla, że to nie może mieć wpływu na ocenę oferty Odwołującego, który postąpił zgodnie z SWIZ, wskazał konkretną wartość podając ją liczbowo (24 godziny), zgodnie z SWIZ sposobem przyznawania punktów i zawartym uszczegółowieniem (oferta z terminem naprawy do 24 godzin otrzyma maksymalną ilość punktów) stanowiła ona ofertę, która powinna uzyskać maksymalną ilość punktów tj. 15 punktów w tym kryterium. Wszystkie niejasności w SWIZ, a na takie wskazał sam Zamawiający odnosząc się do podania dwukrotnie „24” muszą być tłumaczone na korzyść wykonawcy składającego ofertę. Jednakże poza tą zasadą w ocenie Izby przyznanie maksymalnej ilości punktów Odwołującemu wynika z samych postanowień SWIZ (oferta z terminem naprawy do 24 godzin otrzyma maksymalną ilość punktów) i jednoznacznego językowego znaczenia tych treści. Izba podkreśla, że jedynie dla wartości „24” Zamawiający poczynił dodatkowe zastrzeżenia i ustalenia w SWIZ wskazując, że oferta z terminem naprawy do 24 godzin otrzyma maksymalną ilość punktów, natomiast dla kolejnych wartości tj. „48” i „72” Zamawiający nie poczynił takich zastrzeżeń, choć i te wartości pojawiają się każdy w dwóch różnych przedziałach.

W związku z powyższym w ocenie Izby doszło do naruszenia wskazanego przez Odwołującego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy, dlatego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma B. – Grupa SBS M. B. z siedzibą w Brodnicy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Kompleksowa modernizacja budynków użyteczności publicznej w miejscowości Biskupiec z zastosowaniem odnawialnych źródeł energii” oraz dokonanie ponownej oceny

oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ekoinstal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skierniewicach, Ech-Therm Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łowiczu, Enviroenergy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łowiczu w „kryterium czas naprawy zgłoszonej usterki” i przyznawanie 15 punktu za zaoferowany czas naprawy zgłoszonej usterki wynoszący 24 godziny.

Izba wskazuje, że zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zmawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie to szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania zgodnego z postanowieniami ustawy, poszanowania zasad wynikających z ustawy oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych, a co w efekcie pozwoli na przejrzystość postępowania i transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu doszło do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych w obliczu czego ocena oferty Odwołującego przeprowadzona została w sposób naruszający chronione prawem prawo Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

