

Sygn. akt KIO 1836/19

Sygn. akt KIO 1852/19

WYROK

z dnia 3 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach 19 i 20 września 2019 r. przez wykonawcę Studiotech Poland Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Telewizję Polską S.A. w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje Telewizji Polskiej S.A. w Warszawie zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:

1.1. skreślenie pkt 17.2 i 17.3 SIWZ;

1.2. wprowadzenia postanowienia, zgodnie z którym złożenie specyfikacji cenowej nastąpi na zasadach wskazanych w art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;

1.3. dostosowanie pozostałych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu do zmian nakazanych w pkt 1.1. i 1.2.;

2. kosztami postępowania obciąża Telewizję Polską S.A. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Studiotech Poland Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisów od odwołań, w kwocie 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) od każdego z odwołań;

2.2. zasądza od Telewizji Polskiej S.A. w Warszawie na rzecz Studiotech Poland Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 37.234 zł 00 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, w kwocie 18.617 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy) od każdego z odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1836/19

Sygn. akt KIO 1852/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Telewizja Polska S.A. w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są: zakup komponentów w ramach rozbudowy Systemu Dystrybucji Treści (sygn. akt KIO 1836/19) oraz wdrożenie linii technologicznej do rekonstrukcji archiwalnych materiałów filmowych w ramach projektu „Digitalizacja Regionalnego Dziedzictwa Telewizyjnego i Filmowego z Archiwum TVP S.A. (sygn. akt KIO 1852/19). Ogłoszenia o zamówieniu opublikowane zostały w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej odpowiednio w dniach 9 oraz 11 września 2019 r. pod numerami 2019/S 173 – 421697 i 2019/S 175 - 425743. Wartość każdego z zamówień jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniach 19 i 20 września 2019 r. wykonawca Studiotech Poland Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołania. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu rażące naruszenie art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy w związku z art. 58 § 1 i 2 k.c., art. 61 k.c. i art. 535 k.c. w związku art. 14 ust. 1 ustawy oraz w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 46 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy polegające na stworzeniu nieuczciwego mechanizmu przez zastosowanie 17.3 SIWZ w związku z 10.3 SIWZ i Załącznikiem nr 1 lit. a) - e) do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ”, podstawy do zatrzymania przez zamawiającego wadium z uwagi na

niezgodność oferty z SIWZ stwierdzaną już po wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej ze skutkiem w postaci automatycznego uznania, że „Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”, w sytuacji, w której zamawiający na etapie składania ofert nie żąda żadnych danych technicznych przedmiotu oferty i w konsekwencji uchyła się od badania zgodności ofert z SIWZ przed wyborem najkorzystniejszej oferty, a w przypadku stwierdzenia tej niezgodności przed wyborem najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty sprzecznej z SIWZ zamawiający byłby zobowiązany do zwrotu wadium w pełnej wysokości wykonawcy, którego oferta została odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia punktu 17.3 SIWZ w zw. z 10.3 SIWZ i Załącznikiem nr 2 lit. a) - d) do SIWZ,
2. względnie zmiany treści tego punktu dostosowującej do obowiązujących przepisów prawa w szczególności przez zastrzeżenie, że w razie zastosowania tego punktu zamawiający będzie zobowiązany do zwrotu wadium wykonawcy w pełnej wysokości;
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że wbrew przepisom prawa i zasadom ich stosowania, wynikającym z cywilnoprawnego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem spełniając przesłankę z art. 58 § 1 k.c. nieważności czynności, jako sprzecznej z prawem, zamawiający przyjął, że niedostarczenie specyfikacji cenowej lub jej sprzeczność z opisem przedmiotu zamówienia będzie równoznaczne z odmową podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub zawarcie takiej umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wywiódł, że żaden z przepisów ustawy nie zawiera postanowień zrównujących niedostarczenie wskazanych dokumentów lub sprzeczności ich treści z SIWZ ze skutkami określonymi w przytoczonych art. 46 ust. 5 pkt 3 oraz art. 94 ust. 3 ustawy.

Odwołujący wskazał, że treść punktu 17.3 SIWZ, wykorzystywana przez zamawiającego w SIWZ we wszystkich postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, może nasuwać podejrzenie stworzenia przez zamawiającego mechanizmu pozwalającego na uzyskiwanie, w sposób być może niezamierzony, dodatkowych dochodów z samej procedury przeprowadzania zamówień publicznych. Zamawiający bowiem może uznać, iż wykonawca odmawia zawarcia umowy lub nie jest możliwe zawarcie takiej umowy z przyczyn leżących po stronie tegoż wykonawcy, skutkiem, czego w myśl art. 46 ust. 5 pkt 3 zamawiający zyskać miałby uprawnienie do przejęcia wadium, wpłaconego wcześniej przez wykonawcę i powyższą operację może zastosować do wszystkich kolejnych wykonawców.

Takie działanie nie zasługuje na ochronę i jeżeli nawet byłoby zgodne z treścią przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (a tak zdaniem odwołującego nie jest), to jest oczywiście niezgodne z zasadami współżycia społecznego. Na wzmocnienie stanowiska odwołujący powołał stanowisko doktryny i orzecznictwa dotyczące rozumienia pojęcia zasady współżycia społecznego.

Odwołujący wskazał, że nie kwestionując uprawnień zamawiającego do wyboru momentu oceny zgodności oferty z SIWZ, rozwiązaniem niepozwalającym na pokrzywdzenie wykonawcy powinno być unieważnienie 17.3 SIWZ albo zobowiązanie zamawiającego do zwrotu wadium w przypadku zastosowania 17.3 SIWZ.

Nie zgłoszono przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale 17 SIWZ zamawiający ustalił formalności niezbędne do zawarcia umowy. W pkt 17.3 SIWZ stwierdził, że brak przedłożenia Specyfikacji Cenowej, o której mowa w pkt 17.2 SIWZ lub wskazanie w treści Specyfikacji Cenowej urządzeń niezgodnych z wymogami Opisu przedmiotu zamówienia lub podanie w Specyfikacji Cenowej wartości rozbieżnych z odpowiednimi wartościami podanymi w Formularzu ofertowym, równoznaczne będzie z uznaniem, że wykonawca uchyla się od zawarcia umowy odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Pkt 17.2 SIWZ stanowi, że wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie po wyborze oferty przedłożyć zamawiającemu bez odrębnego wezwania specyfikację cenową, zgodną w treści z załącznikiem nr 2 do umowy. Urządzenia wskazane w specyfikacji cenowej muszą odpowiadać wymogom określonym w treści opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, odpowiednio dla danej części zamówienia. Wartości netto oraz cena brutto podane w specyfikacji cenowej muszą być tożsame z wartością netto oraz ceną brutto podanymi w formularzu oferty do danej części zamówienia.

Rozdział 10 SIWZ zamawiający poświęcił przygotowaniu oferty oraz dokumentowym wymaganiom w postępowaniu. SIWZ w obu badanych postępowaniach nie zobowiązuje wykonawcy do złożenia żadnego oświadczenia albo dokumentu specyfikującego przedmiot oferty lub potwierdzającego zgodność oferty z wymaganiami zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą zainteresowanym udziałem w obu postępowaniach, zatem ma interes w uzyskaniu danych zamówień. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty wadium oraz możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Postępowanie udzielenie zamówienia ma charakter ofertowo-eliminacyjny i stanowi ciąg sformalizowanych, sukcesywnie następujących po sobie czynności zamawiającego prowadzących do wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonanie tych czynności prowadzi do następnie do udzielenia zamówienia, czyli zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Taka konstrukcja postępowania oznacza, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty zamawiający powinien dokonać badania pod względem wszystkich przesłanek uniemożliwiających wybór tej oferty wskazanych w art. 89 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, nie jest zatem prawidłowe dokonanie wyboru oferty, a następnie dopiero zbadanie przez zamawiającego, czy oferta ta jest zgodna z jego wymaganiami. Ocena zgodności oferty z wymaganiami zamawiającego następuje obligatoryjnie przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Zamawiający w razie stwierdzenia wad oferty, których nie może wyjaśnić na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp lub usunąć stosownie do art. 87 ust. 2 Pzp, dokonuje odrzucenia oferty. Oferta niezgodna z SIWZ nie może bowiem zostać uznana za najkorzystniejszą.

Na tle omawianej reguły rażące naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy jest bardzo widoczne. Mechanizm przewidziany przez zamawiającego w SIWZ, a kwestionowany przez odwołującego, nie jest zgodny z wymaganiami ustawy. Zamawiający czynności badania oferty pod względem zgodności ze swoimi wymaganiami ma zamiar dokonać po wyborze oferty najkorzystniejszej, z pominięciem ewentualności odrzucenia tej oferty z powodu braku zgodności ze swoimi wymaganiami i naruszając przepisy ustawy uznaje to za uchylenie się wykonawcy od obowiązku zawarcia umowy.

Może wprowadzić zaistnieć sytuacja, w której zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed podpisaniem umowy stwierdzi, że wybrana oferta nie jest zgodna z treścią SIWZ lub zawiera błędy w obliczeniu ceny. W takiej sytuacji jednak

zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzić ponowne badanie oraz - w razie stwierdzenia wad – dokonać odrzucenia takiej oferty. Tymczasem zamawiający przewidział sposób procedowania niejako „poza ustawą”, co dodatkowo naraża wykonawców zainteresowanych zamówieniem na arbitralność działań zamawiającego.

Kolejno dostrzec trzeba, że przesłanki zatrzymania wadium zawarte w zamkniętym katalogu ustalonym w art. 46 ust. 5 Pzp mają charakter *iuris cogentis* oraz są przepisami sankcyjnymi. Przepisy takie podlegają zatem wykładni ścisłej. Natomiast zamawiający w kwestionowanym postanowieniu pkt 17.3 SIWZ dokonał niedopuszczalnego rozszerzenia ich zakresu przedmiotowego. Zgodnie z art. 14 Pzp do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie nieuregulowanym w ustawie stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Pojęcie „uchylenie się od zawarcia umowy” nie jest przesłanką zatrzymania wadium. Używane jest ono w art. 94 ust. 3 Pzp i powinno być rozumiane zgodnie z wykładnią ustaloną na gruncie przepisów kodeksu cywilnego, w szczególności art. 390 k.c. Dokonał jej m.in. Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 6 października 2005 r., II Ca 460/05 *niepubl.*, który przyjmując pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 9 maja 2001 r., II CKN 440/00, stwierdził, że za uchylenie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. Za odmowę podpisania umowy uznać można tylko oświadczenie woli wykonawcy zawierające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego, ewentualnie takie działanie, z którego wynikałoby dla zamawiającego informacja, iż takiego rodzaju oświadczenie woli rzeczywiście zostało złożone. Odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego. Podobnie w wyrokach z 16 grudnia 2005 r., III CK 344/05 oraz z 13 stycznia 2011 r. III CSK 116/10 *niepubl.* Sąd Najwyższy stwierdził, że przez uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę zawarcia umowy przyrzeczonej. Uchylanie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonania umowy przedwstępnej, powinno więc być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego nie zawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem.

Przyjmując te poglądy należy dojść do przekonania, że uchylanie się przez wykonawcę od zawarcia umowy może stanowić podstawę zatrzymania wadium wskazaną w art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium, jeśli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Za takie działanie wykonawcy nie może być jednak uznane stwierdzenie przez zamawiającego przed podpisaniem umowy, że oferta

wykonawcy nie odpowiada jego wymaganiom. Brak jest również jakichkolwiek podstaw do uznania, że w takiej sytuacji nie doszło do zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co uzasadniałoby zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 3 Pzp. Przyczyną niezawarcia umowy byłoby bowiem w takim przypadku wyłącznie zaniechanie należytego zbadania oferty przez zamawiającego przed dokonaniem jej wyboru.

W ocenie Izby takie naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy ma tym bardziej charakter rażący, że zamawiający ze swoich zaniechań wywodzi skutek obciążający wykonawców. Odrzucenie oferty skutkuje obowiązkiem zwrotu wadium przez zamawiającego (art. 46 ust. 1 Pzp z zastrzeżeniem wynikającym z art. 46 ust. 4a Pzp), a zamawiający w warunkach uzasadniających dokonanie czynności odrzucenia oferty chce wadium zatrzymać w całości.

Podsumowując stwierdzić należy, że zamawiający odstąpił od oceny oferty na właściwym etapie postępowania, nadał pojęciu uchylenie się od zawarcia umowy inne znaczenie niż przyjęte na gruncie k.c. oraz rozszerzył zakres przesłanki zatrzymania wadium poza granice dopuszczone ustawą, pomimo jej sankcyjnego charakteru. Takie działanie stanowi nie tylko naruszenie przepisów ustawy, ale również godzi w zasady współżycia społecznego, które w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny być rozumiane jako zasady uczciwości kupieckiej, obowiązujące nie tylko wykonawców, ale również zamawiającego. Zasady te wyrażają się istnieniem powszechnie akceptowanych reguł przyzwoitego zachowania się wobec kontrahenta. Szczególne znaczenie mają reguły uczciwości i rzetelności kupieckiej, przestrzegania dobrych obyczajów, zasad uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania czy lojalności i zaufania. Poglądy te sformułowane w odniesieniu do wykonywania umowy m.in. w wyroku Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2010 r., IV CSK 555/09 *Lex nr 885035* oraz doktrynie prawa cywilnego (*vide*: A. Janiak, komentarz do art. 58 k.c., pkt 31, w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I Część Ogólna, pod red. A. Kidyby, WKP 2012) znajdują pełne zastosowanie do stosunków przedkontraktowych nawiązywanych przez zamawiającego i wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Do innej oceny nie może skłaniać wskazanie w ostatnich wersach odwołania, że odwołujący nie kwestionuje momentu oceny zgodności oferty z SIWZ. Jak bowiem wskazano wcześniej ocena ta powinna nastąpić przed wyborem najkorzystniejszej oferty, a jeśli to nastąpiło wyłącznie w ramach powtórzenia czynności przez zamawiającego. Przy wyrokowaniu Izba nie może pomijać obowiązujących przepisów prawa w zakresie okoliczności faktycznych powołanych przez wykonawcę.

Postanowienie pkt 17.3. SIWZ jest sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy, narusza zasady współżycia społecznego i jako nieważne (art. 58 § 1 i 2

k.c. w zw. z art. 14 Pzp) nie może wywierać skutków prawnych, zatem Izba nakazała jego skreślenie.

Nieprawidłowe jest również brzmienie postanowienia pkt 17.2, do którego odsyła pkt 17.3.

Formularz cenowy, zgodnie z brzmieniem SIWZ oraz oświadczeniem pełnomocnika zamawiającego na rozprawie, jest dokumentem potwierdzającym zgodność oferty z wymaganiami zamawiającego. Dokument taki zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.) jest opisem, który powinien być złożony przed wyborem najkorzystniejszej oferty stosownie do art. 26 ust. 1 Pzp.

Izba nie jest związana żądaniami, lecz wyłącznie zarzutami odwołania (*arg. a contrario* z art. 192 ust. 7 Pzp), celem jej orzeczenia jest zapewnienie postępowaniu o udzielenie zamówienia przebiegu zgodnego z prawem. W związku z tym skreślenie postanowień pkt 17.2 i 17.3 SIWZ okazało się niezbędne. Zadośćuczynienie wymaganiom ustawy wymaga również ustalenia momentu żądania przez zamawiającego formularza cenowego oraz jego oceny przed wyborem najkorzystniejszej oferty i dokonanie stosownej zmiany SIWZ Izba nakazała zamawiającemu. Zamawiający dokonując tej zmiany powinien mieć na względzie, że SIWZ powinna być dokumentem spójnym wewnątrznie oraz zgodnym z ogłoszeniem o zamówieniu, co zostało podkreślone w pkt 1.3. orzeczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji, wydając orzeczenie łączne na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty opłat skarbowych od pełnomocnictw oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: