

Sygn. akt: KIO 2381/15

WYROK
z dnia 16 listopada 2015r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2015 r. przez Wykonawcę POLGEN Sp. z o.o. Sp. K., ul. Puszkina 80, 92-516 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez Wrocławskie Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o., ul. Stabłowicka 147, 54-066 Wrocław

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 23 października 2015r. oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 23 października 2015r.,
2. kosztami postępowania obciąża Wrocławskie Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o., ul. Stabłowicka 147, 54-066 Wrocław i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę POLGEN Sp. z o.o. Sp. K., ul. Puszkina 80, 92-516 Łódź tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Wrocławskiego Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o., ul. Stabłowicka 147, 54-066 Wrocław na rzecz wykonawcy POLGEN Sp. z o.o. Sp. K., ul. Puszkina 80, 92-516 Łódź kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2381/15

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

Zamawiający: Wrocławskie Centrum Badań EIT+ spółka z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Stabłowicka 147, 54-066 Wrocław wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup związków chemicznych i analitycznych na potrzeby WCB EIT+ sp. z o.o.” prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, znak sprawy ZZ-271-98-D-PN/2015 (Numer w Dz.U.E: 2015/S 137-252083).

Zamawiający opublikował w dniu 15 lipca 2015 r. Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ na „Zakup związków chemicznych i analitycznych na potrzeby WCB EIT + sp. z o.o.”, które zostało podzielone na 16 części.

Odwołujący: Polgen Sp. z o. o., sp. komandytowa, ul. Puszkina 80, 92-516 Łódź złożył ofertę na części 5 i 8 Zamówienia.

W dniu 28 września 2015 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym przetargu, gdzie w zakresie części 5 Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego, która została uznana za spełniająca wszelkie warunki i wymogi SIWZ.

W dniu 1 października 2015 r., w wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 5 Zamówienia, Zamawiający zawarł z Odwołującym umowę o realizację Zamówienia w tym zakresie (umowa o numerze WCB/81/IX/2015) - „Umowa”, która nie została rozwiązana do dnia sporządzenia odwołania.

Następnie Zamawiający w dniu 20 października 2015 r. wysłał do Odwołującego pismo, w którym oświadczył, iż dokonał (w jego ocenie) błędów proceduralnych przy wyborze zamówienia wynikający z dołączenia do SIWZ błędnego załącznika - formularza cenowego.

Zamawiający zwrócił uwagę, że załącznik ten powinien wyglądać inaczej, i że sam popełnił błąd zamieszczając go w takiej, a nie innej formie, a wobec ww. okoliczności oraz faktu podpisania Umowy, Zamawiający zwrócił się o pomoc w rozwiązaniu zaistniałego problemu.

W dniu 23 października 2015r. Zamawiający dokonał zaskarżanej czynności polegającej na powtórzeniu czynności badania i oceny ofert, ogłoszenia oraz unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej w części 5 postępowania oraz odrzucił oferty.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 2 listopada 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od następujących czynności Zamawiającego polegających na:

1. unieważnieniu przez Zamawiającego w dniu 23 października 2015 roku czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 5 postępowania z dnia 28 września 2015 r. podczas, gdy brak było podstaw prawnych do dokonania takich czynności;
2. odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części 5 Postępowania z uwagi, iż w ocenie Zamawiającego jej treść była niezgodna z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2013.907 wraz z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, podczas gdy brak było przesłanek do dokonania takich czynności;
3. wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty wykonawcy DIAG - Med G. K., ul. Ryżowa 57, 02-495 Warszawa, podczas gdy brak było przesłanek do uznania oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą.

Zamawiającemu Odwołujący zarzucił naruszenie art 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.

1. naruszenie art. 1 ustawy Pzp poprzez podjęcie czynności w oparciu o przepisy ustawy Pzp w zakresie, którego ustawa nie reguluje, tj. po przeprowadzeniu procedury udzielania zamówień publicznych i po udzieleniu zamówienia publicznego.

2. naruszenie art. 2 pkt 7a) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zastosowanie przepisów Ustawy w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym, tj. dokonanie zaskarżanych czynności w oparciu o ustawę Pzp, podczas gdy czynności te nie mogły być podjęte ze względu na zakończenie postępowania, które zostało prawomocnie zakończone w momencie podpisania umowy o realizację zamówienia publicznego objętego Postępowaniem (umowa na część 5).

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez DIAG-MED G. K. (dalej jako „DIAG-MED.”), pomimo, że ta oferta jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”);

4. naruszenie art 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez podjęcie czynności prowadzących do udzielenia zamówienia DIAG-MED, podczas gdy oferta tego wykonawcy została na skutek czynności Zamawiającego z dnia 23 października 2015 r. wybrana niezgodnie z przepisami ustawy.

5. naruszenie art. 2 pkt 5) ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza według kryteriów wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ.

6. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo, że ta oferta jest zgodna z SIWZ oraz załączonymi do niej formularzami oraz jest najkorzystniejsza wg kryteriów określonych w SIWZ przez Zamawiającego;

W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 października 2015 r.;
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 23 października 2015 r.;
4. dokonania odrzucenia oferty złożonej przez DIAG-Med.;
5. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
6. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, tzn. oferty Odwołującego;
7. Przyznanie kosztów zastępstwa przez profesjonalnego pełnomocnika.

W swoim odwołaniu Odwołujący podkreślił, iż niedopuszczalne, niezgodne z prawem oraz bezpodstawne jest podejmowanie czynności w oparciu o ustawę Pzp po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazał, że powyższe wynika przede wszystkim z celu w jakim ustawodawca zdecydował się uregulować materię dotyczącą szeroko pojętego prawa zamówień publicznych.

Zauważył, iż ustawodawca nie miał zamiaru normować całościowego procesu realizacji zamówień udzielanych na rzecz wskazanych w ustawie podmiotów, a jedynie (podążając za prawem wspólnotowym) doprowadził do uregulowania procedury samego udzielania zamówień.

Powyższe, według Odwołującego - potwierdza przede wszystkim art. 1 ustawy Pzp, który określa zakres podmiotowo- przedmiotowy jakiego dotyczy ustawa, a mianowicie: określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie.

W związku z tym zwrócił uwagę, iż stanowisko dotyczące momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest w doktrynie oraz judykaturze jednolite - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się w momencie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Nie zmienia to jednak faktu, że wykonawcy mogą weryfikować ww. decyzję o wyborze za pomocą określonych w ustawie środków ochrony prawnej (pozwala to np. na odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej).

Niemniej jednak, zdaniem Odwołującego ostatecznym momentem wstrzymującym możliwość odwołania lub zmiany decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty jest moment tzw. uprawomocnienia się decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, który następuje w momencie podpisania umowy.

Zarzucił, że w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym Zamawiający naruszył fundamentalną zasadę prawa zamówień publicznych i podjął decyzję niezgodną z ustawą Pzp oraz powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, albowiem podjął decyzję o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert oraz unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej po podpisaniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego w tym samym zakresie, po prawidłowo przeprowadzonej procedurze przetargowej w oparciu o przepisy Pzp.

Na marginesie Odwołujący zaznaczył, że podjęcie zaskarżanej czynności przez Zamawiającego jest także niezgodne z innymi powszechnie obowiązującymi przepisami prawa (w szczególności prawa cywilnego). Nie można bowiem przyjąć, że mimo rozstrzygnięcia przetargu, akceptacji oferty i w konsekwencji podpisania umowy, Zamawiający może tę samą ofertę odrzucić.

Niezależnie od wyżej opisanego stanu prawnego i faktycznego Odwołujący zwrócił uwagę na treść pisma Zamawiającego z dnia 30 października 2015 r., które zawiera stanowisko Zamawiającego w niniejszej sprawie.

Zauważył, że w tym piśmie Zamawiający pośrednio sam przyznał się do dokonanych błędów oraz potwierdził, iż umowa powinna zostać w jego ocenie unieważniona.

Jednocześnie, zarzucił, że Zamawiający zdaje się mylnie rozumieć pojęcie nieważności umowy myląc je z odstąpieniem lub rozwiązaniem za porozumieniem stron.

Nie ulega wątpliwości Odwołującego, iż Umowa zawarta przy okazji części 5

postępowania jest ważna i zawiera wszystkie elementy wymagane do ważności umowy określone w kodeksie cywilnym - Strony złożyły zgodne oświadczenia woli (dodać trzeba, że nie można mówić o błędzie, ponieważ strony zawarły umowę w zakresie złożonej oferty przez Odwołującego).

Niemniej jednak Odwołujący na marginesie uwypuklił, iż jeżeli z jakichkolwiek powodów umowa powinna zostać unieważniona to jedynym podmiotem, który posiada w tym zakresie uprawnienie jest sąd (art. 144 i n. ustawy Pzp).

Odwołujący wskazał również na nieprawdziwe informacje przekazywane przez Zamawiającego jakoby pracownik Odwołującego (choć osoba o takim dokładnie nazwisku nie jest zatrudniona u Odwołującego) wyraził zgodę na odstąpienie od umowy przez Zamawiającego).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający złożył również w cytowanym piśmie nieprawdziwe oświadczenie woli, w którym stwierdził jakoby dokonał odstąpienia od Umowy.

Odwołujący stwierdził, że nie zostało mu dostarczone jakiegokolwiek oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

Całościowa treść opisywanego pisma wskazuje – w ocenie Odwołującego - na fakt, że Zamawiający popełnił w postępowaniu szereg błędów, do których się przyznał, a następnie w sposób irracjonalny i sprzeczny z przepisami prawa próbuje przerzucić odpowiedzialność za swoje pomyłki na podmiot trzeci, z którym podpisał Umowę, a który w trakcie postępowania przestrzegał postanowień SIWZ i ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższej argumentacji, Odwołujący wskazał także na niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na jego rzekomą niezgodność z treścią SIWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający podpisał umowę o realizację zamówienia z Odwołującym, który skorzystał z dołączonego do SIWZ formularza cenowego. Następnie Zamawiający zorientował się, iż załącznik (formularz cenowy), który został załączony do SIWZ, i który był podstawą podpisania Umowy, jest niewłaściwy.

Wskazał przy tym, że Zamawiający w celu próby „naprawienia” dostrzeżonej omyłki podjął zaskarżone czynności.

Odwołujący podniósł, iż w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym Zamawiający dąży do go obciążenia odpowiedzialnością za swój błąd polegający na załączeniu do SIWZ błędnego formularza cenowego.

Podkreślił, iż to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w razie popełnienia błędu w jego trakcie, to on powinien ponosić konsekwencje własnych czynności. Jednocześnie Zamawiający w swojej argumentacji sugeruje jakoby wykonawca powinien sam, z własnej woli, poprawić niejasne i niestaranne postanowienia SIWZ dokonane przez Zamawiającego.

Według Odwołującego twierdzenia Zamawiającego w brzmieniu przedstawionym powyżej są wprost sprzeczne z podstawową zasadą Pzp, wynikającą z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, który wskazuje na to, że to Zamawiający jest odpowiedzialny za sporządzenie SIWZ w sposób jednoznaczny, wyczerpujący za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Ostatecznie Odwołujący zgłosił zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy DIAG-MED. jako, że oferta ta jest niezgodna z SIWZ ze względu na zmodyfikowanie załącznika - formularza cenowego poprzez dodanie pozycji nieuwzględnionej we wzorze formularza (pozycji nr 5 w formularzu nr 5.5).

Odwołujący podkreślił przy tym, iż niezgodne z ustawą jest modyfikowanie załączników będących formularzami cenowymi, będącymi jednocześnie elementem oferty.

Wskazał również, iż wobec powyższego DIAG-MED złożył ofertę niezgodną z SIWZ, wobec czego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp oferta ta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący stwierdził, że zarzuty odnośnie czynności Zamawiającego dotyczą podjęcia przez niego działań na podstawie reżimu prawnego ukształtowanego ustawą Pzp, w zakresie, którego ustawa ta nie obejmuje.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający wbrew obowiązującym przepisom, wykraczając poza ramy obowiązującego prawa podjął czynności wynikające z Pzp, a dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po jego faktycznym udzieleniu (podpisaniu umowy), doprowadzając tym samym do nielogicznej i absurdałnej sytuacji, w której jednocześnie jedną z ofert wybrał oraz odrzucił.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający stara się obciążyć swoimi błędami i brakiem należytej staranności Odwołującego i w ten sposób Zamawiający wprost, w najbardziej oczywisty z możliwych sposobów, dąży do przeniesienia odpowiedzialności za swoje błędy na Odwołującego. Zamawiający celowo i świadomie zrezygnował z przysługujących mu w tym momencie uprawnień (w sytuacji, gdyby rzeczywiście doszło do błędów w prowadzeniu postępowania), tj. zrezygnował ze skorzystania z możliwości zgłoszenia się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, aby ten zwrócił się do sądu o unieważnienie umowy, co doprowadziłoby do jej rozwiązania i w konsekwencji rozpisania nowego postępowania w przedmiotowym zakresie.

Zamawiający zamiast tego, zamierzając dokonać oszczędności czasu i pieniędzy, zdecydował się na „zmianę” wykonawcy, który wykona zamówienie.

W ocenie Odwołującego takie postępowanie jest wprost sprzeczne z fundamentalnymi zasadami prawa zamówień publicznych oraz zasadami zachowania uczciwej konkurencji, jest niedopuszczalne i winno być sankcjonowane przez Państwo.

Odwołujący podkreślił, iż całość argumentami przedstawionej w niniejszym odwołaniu składa się na naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. przeprowadzanie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, zrzutu skanu SIWZ w zakresie braku pozycji nr 5 dla części 5 załącznika nr 5 do SIWZ, informacji nr 4 Zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2015r., oferty Odwołującego, umowy nr 81/IX/2015 z dnia 1 października 2015r. na zakup odczynników na potrzeby realizacji projektów WCB EIT+ w zakresie części 5, pisma Zamawiającego z dnia 20 października 2015r., informacji o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert ogłoszenia oraz unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w części 5 postępowania oraz informacji wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 października 2015r., pisma Zamawiającego z dnia 30 października 2015r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 13 listopada 2015r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 i art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego przetargu z powodu nie zgodności treści złożonej przez niego oferty z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt.23 SIWZ dokonał następującego opis sposobu obliczenia ceny:

1. Podana w ofercie cena na daną część zamówienia musi być wyrażona w PLN. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego oraz zgodnego z obowiązującymi przepisami zrealizowania przedmiotu zamówienia i stanowi wynagrodzenie Wykonawcy. Cena ogółem brutto obejmuje:

- cenę danego odczynnika, materiału, produktu, elementu, związku chemicznego;
- koszty transportu;
- opłaty graniczne (m.in. cło);
- koszty ubezpieczenia towaru w kraju i za granicą;
- podatek VAT;
- koszty opakowania;
- inne ewentualne koszty.

2. Podana cena ofertowa za daną część zamówienia, zamieszczona w „Formularzu ofertowym” (zał. nr 1 do SIWZ) będzie niezmienna przez cały okres obowiązywania umowy na realizację przedmiotowej dostawy.

3. Cenę brutto za realizację danej części zamówienia, podaną w Formularzu cenowym Wykonawca zobowiązany jest przenieść do Formularza oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ).

4. W przypadku rozbieżności ceny brutto za daną część zamówienia w Formularzu oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ), a ceną brutto za daną część zamówienia w Formularzu cenowym (Załączniki nr 5 SIWZ - zakładki od 5.1 do 5.16) Zamawiający przyjmie, jako cenę oferty cenę brutto za daną część zamówienia z Formularza cenowego.

5. Ceny poszczególnych odczynników/materiałów oraz cenę ofertową należy podać w walucie polskiej (PLN), do dwóch miejsc po przecinku.

6. Zamawiający w celu porównania i oceny złożonych ofert doliczy do ceny ofertowej podmiotów nieobowiązanych naliczyć należny podatek VAT (na podstawie odrębnych przepisów), kwotę należnego, obciążającego Zamawiającego z tytułu realizacji Umowy, podatku VAT.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający przewidział w SIWZ załącznik nr 5 (zakładki od 5.1 do 5.16) zawierający opisy przedmiotu zamówienia/formularze cenowe dla poszczególnych części(części zamówienia od 1 do 16).

W powyższym formularzu cenowym – według ustaleń Izby – Zamawiający zamieścił plik Excel z ukrytą, zwiniętą pozycją 5 w części 5, która była niewidoczna dla innych wykonawców.

Izba dokonała również ustalenia, że Odwołujący w złożonym przy ofercie załączniku nr 1 do SIWZ – formularz oferty oświadczył w pkt. 4 ppkt 3, że wartość jego oferty za realizację zamówienia wynosi dla części nr 5: cena brutto: 25 175, 76 zł(słownie: dwadzieścia pięć tysięcy sto siedemdziesiąt pięć 76/100).

Nadto Izba stwierdziła, że Odwołujący w złożonym przez siebie przy ofercie załączniku nr 5 dla części 5 nie umieścił pozycji nr 5 z ceną jednostkową.

Jednocześnie, pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym doszło do zawarcia umowy z dnia 1 października 2015r. nr 81/IX/2015 na zakup odczynników na potrzeby realizacji projektów WCB EIT+ w zakresie części 5.

Ostatecznie, według ustaleń Izby Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego oparł się o przepis art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp, wskazując, że w pkt. 23 SIWZ poinformował on, że cena za daną część jest – sumą za dane odczynniki, materiały, produkty, elementy, związki chemiczne, a wykonawca nie dokonał wyceny jednej z wymienionych pozycji(pozycja 5), co jest niezgodne z SIWZ.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba doszła do przekonania, że działanie Zamawiającego zawiera szereg uchybień natury zarówno proceduralnej, jak i merytorycznej.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty może być dokonana jedynie w celu zawarcia umowy, będącej następstwem takiego rozstrzygnięcia przetargu.

W przedmiotowej sprawie zamówienie publiczne w zakresie części 5 zostało już skutecznie udzielone poprzez zawarcie ważnej umowy rodzącej skonkretyzowane skutki w sferze cywilnoprawnej.

Zdaniem Izby Zamawiający bez wyeliminowania z obrotu prawnego powyższej umowy nie miał podstawy prawnej do dokonania nowej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, bowiem takie działanie Zamawiającego oznaczałoby w istocie zaciągnięcie nowego zobowiązania umownego.

Na tle rozpoznawanej sprawy działanie takie może podjąć jedynie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w myśl przepisu art. 144a ust.1, gdzie Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie:

- 1) części umowy, o której mowa w art. 140 ust. 3;
- 2) zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1;
- 3) umowy, o której mowa w art. 146 ust. 1.

W powyższym zakresie zatem sprawa nie należy do kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Przechodząc do rozpoznania sprawy, co do meritum, Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący złożył swoją ofertą w granicach SIWZ.

Na rozprawie Zamawiający przyznał, że opublikowana przez niego SIWZ na jego stronie internetowej miała ukrytą(zwiniętą) pozycję 5 dla części 5 formularza ceny (załącznik nr 5).

Wobec powyższego Izba uznała, że jeżeli zatem ta pozycja cenowa nie została wykonawcom udostępniona w sposób, który umożliwił im zapoznanie się z jej treścią, to takie domniemane postanowienie SIWZ o istnieniu w tym zakresie wymagania SIWZ nie wiąże wykonawców, w tym przypadku Odwołującego i drugiego wykonawcy, który również nie złożył oferty w zakresie spornej pozycji.

Powyższej oceny Izby nie zmieniła treść informacji nr 4 Zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2015r. w zakresie odpowiedzi na pytanie 16, bowiem z informacji tej nie sposób wywnioskować, o jaki chodzi produkt.

W świetle powyższego należy uznać, że Zamawiający nie miał dostatecznej podstawy prawnej do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....