

Sygn. akt: KIO 1689/14

KIO 1699/14

WYROK

z dnia 8 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: R. Skrzyszewski

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 18 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę - NARI Group Corporation (NARI), Nanjing Building D11, High-tech Development Zone, Jiangsu Province, Chińska Republika Ludowa (sygn. akt KIO 1689/14);

B. w dniu 18 sierpnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: IDS Energetyka Sp. z o.o., Enprom Sp. z o.o., Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa (sygn. akt KIO 1699/14),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna, przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ELTEL Networks Olsztyn S.A., SAG Elbud Gdańsk S.A., ELFEKO S.A., ul. Gutkowo 81D, 11-041 Olsztyn, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1689/14 oraz KIO 1699/14 po stronie zamawiającego;

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: IDS Energetyka Sp. z o.o., Enprom Sp. z o.o., Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1689/14 po stronie zamawiającego;

C. wykonawcy - NARI Group Corporation (NARI), Nanjing Building D11, High-tech Development Zone, Jiangsu Province, Chińska Republika Ludowa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1699/14 po stronie odwołującego.

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża NARI Group Corporation (NARI), Nanjing Building D11, High-tech Development Zone, Jiangsu Province, Chińska Republika Ludowa i Konsorcjum: IDS Energetyka Sp. z o.o., Enprom Sp. z o.o., Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez NARI Group Corporation (NARI), Nanjing Building D11, High-tech Development Zone, Jiangsu Province, Chińska Republika Ludowa i Konsorcjum: IDS Energetyka Sp. z o.o., Enprom Sp. z o.o., Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od NARI Group Corporation (NARI), Nanjing Building D11, High-tech Development Zone, Jiangsu Province, Chińska Republika Ludowa i Konsorcjum: IDS Energetyka Sp. z o.o., Enprom Sp. z o.o., Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa na rzecz Zamawiającego - Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna kwotę 7 200 zł (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od NARI Group Corporation (NARI), Nanjing Building D11, High-tech Development Zone, Jiangsu Province, Chińska Republika Ludowa oraz kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Konsorcjum: IDS Energetyka Sp. z o.o., Enprom Sp. z o.o., Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), 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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna, ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin Jeziorna wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowę linii 400 kV Jasieniec-Pątnów” pod numerem: BP/112/2013/RP.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało dokonane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich pod numerem 2014/S 058-098112.

KIO 1689/14

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego: NARI Group Corporation (NARI) z siedzibą w Chinach, Building D11, High-tech Development Zone, Jiāngsu Province, P.R. China z przedmiotowego przetargu oraz odrzuceniu jego oferty zostało przekazane w dniu 8 sierpnia 2014 r.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający stwierdził, że „wykonawca w wymaganym terminie tj. w okresie ważności oferty nie przedłużył okresu jej obowiązywania poprzez stosowne oświadczenie woli. Nie przedłużył również na wymagany stosowny okres obowiązywania wadium. W dniu 5.08.2014 r. wykonawca złożył stosowne pismo w sprawie przedłużenia terminu związania oferta, jednakże przedłużenie to nie jest skuteczne, gdyż nastąpiło w momencie, kiedy oferta straciła już ważność. W związku z powyższym Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art.24 ust, 2 pkt.2 Pzp”.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że Odwołujący dokonał zmiany treści oferty poprzez rozszerzenie zakresu prac objętych podwykonawstwem, który zadeklarował pierwotnie w ofercie, co jest niezgodne z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 18 sierpnia 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

1) art. 7 ust. 1 - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego ze względu na jego rzekome nie przedłużenie terminu związania ofertą oraz nie wniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą,

3) art. 89 ust. 1 pkt. 1 oraz art. 24 ust. 4, oraz art. 87 ust. 2 zd. 2, poprzez brak uwzględnienia w związku z dokonaną czynnością wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty brzmienia art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 2b ustawy i uznaniem, że Odwołujący dokonał zmiany treści oferty rzekomym dokonaniem przez Odwołującego zmiany treści oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
- 3) nakazanie unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum w składzie: ELTEL Networks Olsztyn S.A. - SAG Elbud Gdańska S.A.- ELFEKO S.A,
- 4) nakazanie powtórzenia czynności ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 5) nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego podanym w uzasadnieniu przetargu.

W pierwszej kolejności podkreślił, że wykonawca złożył w sprawie ważności terminu oferty oraz wadium, dwa oświadczenia:

- a) w dniu 25 lipca 2014 r., przesłane faksem, w sprawie przedłużenia terminu ważności oferty oraz wadium ustanowionego pierwotnie do dnia 28 sierpnia 2014 r.;
- b) w dniu 5.08.2014 r. powtórzył oświadczenie przesłane faksem w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą.

Według Odwołującego okoliczności te potwierdza faks z dnia 25 lipca 2014 r. oraz świadek L. Z. – pełnomocnik, który jest gotowy złożyć zeznania w tej sprawie.

Niezależnie od powyższego, wskazał, że oferta wykonawcy posiada ważną gwarancję bankową zabezpieczającą ofertę przez cały czas, nieprzerwanie od dnia 28 kwietnia 2014 r. do dnia 28 sierpnia 2014 r. w oparciu o postanowienia gwarancji z dnia 28.04.2014 r. nr LG-PL 2014004, a na mocy zmiany do gwarancji dostarczonej Zamawiającemu w dniu 4.08.2014 r, oferta pozostaje zabezpieczona wadium do dnia 27.10.2014r.

Zauważył, że z treści załączonej do oferty gwarancji wadialnej Bank o China (Luxemburg) S.A. Spółka Akcyjna wynika, iż zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na rzecz Zamawiającego każdej kwoty do wysokości 8.500.000,00 zł. w terminie 10 dni od dnia otrzymania Zamawiającego pierwszego pisemnego żądania zapłaty, oraz pisemnego oświadczenia, że Wykonawca nie wywiązał się któregośkolwiek obowiązku wynikającego z ustawy Pzp, które to literalnie gwarancja określa.

Wyjaśnił, że z jej treści wynika, że „Niniejsza gwarancja jest ważna od dnia: Od 28 kwietnia 2014 r. do 28 sierpnia 2014 r. Oznacza to, że żądanie zapłaty oraz oświadczenie muszą być nam doręczone do siedziby Oddziału w lub przed tym dniem.”.

Dodatkowo zaznaczył, że z treści gwarancji wynikają okoliczności całkowitego wygaśnięcia gwarancji, co następuje w przypadku:

„1) gdyby żądanie zapłaty oraz oświadczenie nie zostały nam doręczone w terminie ważności gwarancji,

2) zwolnienia nas przez Zamawiającego ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w gwarancji, przed upływem terminu jej ważności,

3) gdy nasze świadczenia z tytułu niniejszej gwarancji osiągną kwotę gwarancji,

4) zwrócenia nam niniejszej gwarancji w terminie jej ważności.”.

Z powyższego wnioskował, że nie zaszła żadna okoliczność wynikająca z postanowień gwarancji skutkująca jej wygaśnięciem, to istota wadium, jaką jest zabezpieczenie złożonej oferty została zachowana.

Wobec tego stwierdził należy, że oferta Odwołującego jest zabezpieczona wadium, co daje możliwość skorzystania z niej przez Zamawiającego w sytuacjach uprawniających do zatrzymania wadium od dnia 28 kwietnia 2014 r. do dnia 27 października 2014 r.

Argumentował przy tym, że zabezpieczenie oferty nigdy nie zostało przerwane, bowiem przedłużenie terminu ważności wadium dokonane zostało w dniu 4.08.2014 r. (dostarczone Zamawiającemu w dniu 5.08.2014 r.) a więc na 23 dni przed końcem gwarancji

załączonej do oferty, a pomimo tego Zamawiający wykluczył wykonawcę na podstawie art. 24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp.

Powołując się na powyższy przepis wskazał na następujące okoliczności:

- 1) brak wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert - okoliczność ta – według Odwołującego - nie miała miejsca bowiem wadium zostało złożone przed terminem składania ofert a dowód w postaci gwarancji bankowej został załączony do oferty,
- 2) brak wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą - okoliczność ta nie ma miejsca – w ocenie Odwołującego, bowiem po przedłużeniu okres ważności wadium bez wątplenia pokrywa cały, przedłużony okres związania ofertą,
- 3) brak wniesienia wadium w terminie określonym przez Zamawiającego w przypadku zwrócenia wadium i żądania jego ponownego wniesienia - taka okoliczność nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu,
- 4) brak wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą - wykonawca pismem z dnia 4.08.2014 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą.

W oparciu o powyższe twierdzenia podniósł, że wykluczenie Odwołującego zostało dokonane z naruszeniem art.24 ust. 2 pkt.2 ustawy Pzp.

Zwrócił również uwagę na stanowisko Zamawiającego, że prawo do wykluczenia Odwołującego na mocy ww. przepisu wynika z faktu, że „Wykonawca w wymaganym terminie tj. w okresie ważności oferty nie przedłużył okresu jej obowiązywania przez stosowne oświadczenie woli. Nie przedłużył również na wymagany stosowny okres zobowiązania wadium.”.

Takiego poglądu Zamawiającego Odwołujący się nie podzielił, bowiem – w jego opinii - oferta Odwołującego przez cały czas była ważna i zabezpieczona wadium, a Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą dwukrotnie.

Przypomniał, że Zamawiający wezwał pismem z dnia 15.07.2016 r. wykonawcę do przedłużenia terminu związania ofertą cyt.: „Działając na podstawie art. 85 ust. 2 oraz ust. 4 z dnia 29 stycznia 2004 r. - prawo zamówień publicznych {Dz.U. z 2010 Nr 113, poz. 759 ze zm. uprzejmie prosimy o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą”.

W odniesieniu do powyższego wezwania wyjaśnił, że na to pismo Odwołujący odpowiedział dwukrotnie w dniu 25 lipca 2014 r. oraz dnia 5.08.2014r., stwierdzając, że jego

oferta jest nadal aktualna, ponieważ okres ważności wadium wynosi 120 dni i jest wiążące do 27 sierpnia 2014 r., a w odpowiedzi na to wezwanie przedłożył oryginał dokumentu przedłużający termin ważności wadium do dnia 27.10.2014r. oraz oświadczeniem przedłużył dwukrotnie termin związania ofertą.

Odwołujący stanął również na stanowisku, że brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu niezłożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą przed dniem 27.08.2014 r. (co wynika dopiero z treści wykluczenia, a nie wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą) przy jednoczesnym zabezpieczeniu oferty wadium i złożenie oświadczenia w terminie 25 lipca 2014 r. oraz 5.08.2014 r. nie może skutkować wykluczeniem z postępowania.

Zdaniem Odwołującego, niezależnie od złożonych oświadczeń, ewentualna „okoliczność upływu terminu związania ofertą bez jego przedłużenia, może być rozpatrywana jako nie skutkująca dyskwalifikację wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z tego postępowania.

Wskazał również, że upływ terminu związania ofertą, rodzi ten skutek, że wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy na warunkach podanych w ofercie, a jedynie jest do tego uprawniony.

Według Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje, bowiem utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta co, do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieistniejącą lub podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Ograniczenie związania ofertą terminem określonym w myśl art. 89 ust. 1 ustawy Pzp służy ochronie interesów wykonawcy i ma na celu zapewnienie mu możliwości uchylenia się od podpisania umowy w sytuacji, gdy na skutek upływu czasu może on już nie być zainteresowany podpisaniem umowy na warunkach zaproponowanych w ofercie, a zatem, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jest na gruncie przepisów ustawy Pzp dopuszczalne.

Tak więc zdaniem Odwołującego prawidłowo wyrażona gwarancja wadialna zawiera informacje, które pozwalają na jednoznaczne odczytanie woli wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego katalog przesłanek określonych w art. 24 zawiera katalog zamknięty w związku, z czym również wykluczenie na podstawie art. 24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp w okolicznościach tej sprawy może mieć miejsce jedynie w sytuacji wyraźnego oświadczenia Wykonawcy o nieprzedłużeniu terminu związania ofertą, a nie w sytuacji złożenia dwóch oświadczeń o jego przedłużeniu, w tym w szczególności posiadania w pełni zabezpieczonej oferty przez cały okres wadium, w tym również w dacie dokonywania czynności wykluczenia.

Przechodząc do kolejnego zarzutu podniósł, że Zamawiający również bezpodstawnie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego powołując się art. 89 ust. 1 pkt. 1 w związku z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, uregulował kwestię dotyczącą podwykonawstwa w rozdziale IX. Informacje dotyczące podwykonawców w rozumieniu podmiotów realizujących część przedmiotu zamówienia niezastrzeżonego dla realizacji przez wykonawcę, gdzie należało wpisać w pkt. 6 formularza ofertowego zakres prac (część zamówienia), jaki wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy.

Dodatkowo zaznaczył, że zgodnie z regulacją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawcy mieli prawo polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, czyli tzw. zasobach podmiotów trzecich.

Zauważył przy tym, że przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp uprawnia do żądania przez Zamawiającego w takim przypadku nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby powołuje się wykonawca, co w niniejszym postępowaniu Zamawiający żądał wykazania w pkt. 7 formularza ofertowego.

Według Odwołującego samo, już wskazanie podstawy faktycznej informacji o wykluczeniu i odrzuceniu wskazuje na wadliwość podjętej czynności, bowiem ECM Group Polska S.A. jest podmiotem, na którego zasoby powołuje się wykonawca, a zatem przywołanie pkt. 6 formularza ofertowego niweczy prawo do stwierdzenia zmiany treści oferty.

Dalej wskazywał, że Zamawiający pismem z dnia 27.05.2014 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3, art.26 ust. 4 i art.87 ust.1 skierował do wykonawcy pismo w tym między innymi w zakresie pkt.4 odnośnie „dodatkowych wykazów osób”, gdzie w pkt. 4.2. przedmiotowego pisma Zamawiający zwrócił uwagę, że w Tabeli (str.77-79 oferty) - wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia nie zostały wskazane wszystkie osoby wymagane w pkt. VI.2d) Części I SIWZ, w tym m.in. Kierownik budowy, Kierownik robót budowlanych, Kierownik robót elektrycznych. W związku z powyższym zwrócił uwagę, że Zamawiający zażądał uzupełnienia wykazu z jednoczesnym pouczeniem o konieczności załączenia zobowiązania, o ile Odwołujący nie dysponuje bezpośrednio tymi osobami oraz załączeniem wymaganych dokumentów, jeśli podmioty te będą brały udział w realizacji przedmiotu zamówienia.

Argumentował, że korzystając ze swojego prawa przedstawił wykaz Osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia, w tym również w odniesieniu do ww. brakujących osób.

Wyjaśnił przy tym, że z uwagi na fakt, że osoby te nie są zasobami własnymi wykonawcy do uzupełnianych dokumentów zostało dołączone zobowiązanie ECM Group Polska S.A., z którego treści wynika, że zobowiązania to będzie miało charakter stosunku, jaki będzie łączył udostępniającego z wykonawcą - umowa o podwykonawstwo.

Według zapatrywania Odwołującego z tej okoliczności nie można jednak wywieść zarzutu zmiany treści oferty, bowiem ustawa Pzp daje wykonawcom prawo do uzupełnienia brakujących dokumentów, informacji celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w skrajnych przypadkach w praktyce zdarza się zmiana całkowicie wykazów, referencji, lub zmiana całego personelu pierwotnie przewidzianego do realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym – w ocenie Odwołującego - nie można uznać że skorzystanie z prawa do uzupełnienia informacji i dokumentów (zobowiązania) jest zmianą treści oferty.

Brak wpisania w formularzu oferty zasobu ECM Group Polska S.A., który powinien być uwidoczniony w pkt. 7 formularza oferty, a nie 6 jak twierdzi Zamawiający nie stanowi – zdaniem Odwołującego - zmiany treści oferty.

W ocenie Odwołującego ofertę stanowią wszystkie dokumenty, w tym również te uzupełnione, zatem nie umieszczenie (w tym przypadku z przyczyn obiektywnych, jakimi jest uzupełnienie dokumentów), we wskazanym miejscu pewnych informacji nie powoduje

zmiany /wady oferty.

Zdaniem Odwołującego brak wskazania informacji w pkt 7 Formularza oferty, nawet pomimo takiego wymogu w SIWZ, nie przesądza o merytorycznej niezgodności oferty, czy tej jej zmianie, a jest to okoliczność o czysto formalnym charakterze, w tym przypadku zupełnie niezależna od wykonawcy, a zgodna z prawem, bowiem prawo do uzupełnienia dokumentów wynika z przepisów prawa.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ELTEL Networks Olsztyn S.A., SAG Elbud Gdańsk S.A., ELFEKO S.A., ul. Gutkowo 81D, 11-041 Olsztyn oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: IDS Energetyka Sp. z o.o., Enprom Sp. z o.o., Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

KIO 1699/14

Informacja o wyniku postępowania oraz wyborze oferty najkorzystniejszej została przez Zamawiającego przekazana Odwołującemu: Konsorcjum spółek w składzie:

- 1) IDS Energetyka sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa;
- 2) ENPROM sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 50 lok. 515, 00-695 Warszawa;
- 3) Europejski Holding Energetyczny sp. z o.o., ul. Trębacka 4 lok.349, 00-074 Warszawa, w dniu 8 sierpnia 2014r.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 18 sierpnia 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia w ramach konsorcjum w składzie: ELTEL Networks Olsztyn S.A. z siedzibą w Olsztynie (Lider Konsorcjum), SAG Elbud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku oraz ELFEKO S.A. z siedzibą w Gdyni.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z prawem czynności podjętych przez Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dwukrotne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na tę samą okoliczność i w tym samym zakresie dotyczących spełnienia tego samego warunku oraz dopuszczenie dwukrotnego uzupełnienia tego samego dokumentu - zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów;
- 2) Art. 26 ust. 3 zdanie ostatnie i art. 26 ust. 2a ustawy Pzp - poprzez uznanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia pomimo braku wykazania ich spełnienia przez Wykonawcę na dzień składania ofert;
- 3) Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp- poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania pomimo braku wykazania przez niego spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;
- 4) Art. 91 ust. 1 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty złożonej przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, która winna być uznana za odrzuconą;
- 5) Art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp - poprzez uprzywilejowane traktowanie Wykonawcy, naruszające zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców i prowadzące do udzielenia zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Ustawy.
- 6) innych przepisów wskazanych w treści niniejszego odwołania.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w calosci i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji z dnia 8 sierpnia 2014 r. o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum;
- 2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem oferta złożona przez Odwołującego jest drugą w kolejności, spośród ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych przez Zamawiającego z udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że zgodnie z postanowieniami pkt VI.2) lit. d) SIWZ, Zamawiający w zakresie spełniania warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wymagał wykazania przez wykonawców dysponowania m.in. dwoma projektantami branży elektrycznej oraz dwoma projektantami branży budowlanej. Osoby te winny legitymować się stosownymi uprawnieniami budowlanymi i doświadczeniem, które zostały szczegółowo opisane w SIWZ.

Jednocześnie zauważył, że w celu wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający w pkt VII. 18) SIWZ wymagał przedłożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania, zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami. Zamawiający w pkt VII. 19) SIWZ żądał, aby wykonawca polegający na zdolnościach finansowych, wiedzy i doświadczeniu lub osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów przedłożył dowód, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Dokumenty przedkładane w tym celu winny określać: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; sposób i zakres wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;

- charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- sposób i zakres wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający zamieścił jednocześnie wzór oświadczenia

podmiotu udostępniającego (Wzór nr 5 Części III SIWZ), zastrzegając że w przypadku zawarcia w oświadczeniu podmiotu informacji zgodnie z tym wzorem, uznane to będzie za prawidłowy dokument.

Poza tym powołał się na okoliczność wyznaczenia terminu składania ofert przez Zamawiającego na dzień 29 kwietnia 2014 r.

Dodatkowo zwrócił uwagę, że Konsorcjum w składnym w ramach oferty Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wskazało Pana M. S. i Pana K. Ś. jako projektantów branży elektrycznej oraz Pana R. P. i Pana D. B. jako projektantów branży budowlanej.

W tymże wykazie, jak twierdził - w odniesieniu do wszystkich wyżej wymienionych osób wskazano, że podstawą dysponowania tymi osobami jest zobowiązanie o udostępnieniu zasobów z Energoprojekt - Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie.

Podniósł również, że do oferty konkurenta dołączono również oświadczenie pn. „Zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia” podpisane w dniu 16 kwietnia 2014r. przez Prezesa Zarządu Biura Studiów i Projektów Energetycznych Energoprojekt - Kraków S.A.

Dalej wyjaśnił, że z uwagi na okoliczność, iż zobowiązanie nie zawierało informacji o zakresie zasobów osobowych jakie podmiot trzeci udostępni Liderowi Konsorcjum, Zamawiający pismem znak 1212BPSP-230-112-RP/14 z dnia 27 maja 2014 r. wystosował do Wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie do uzupełnienia zobowiązania BSiPE Energoprojekt - Kraków S.A. „poprzez podanie wykazu osób, które firma udostępni wykonawcy” (zwane dalej: „Wezwaniem I”).

Jednocześnie wskazał, że Zamawiający zwrócił się o uzupełnienie oryginałów zobowiązań lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza, bowiem wykonawca złożył w ofercie kopię Zobowiązania.

Następnie dodał, że w dniu 11 czerwca 2014 r. wykonawca doręczył Zamawiającemu pismo znak OU/PW/6833/2014 (zwane dalej: „Uzupełnieniem I”), a w załączeniu do tego pisma wykonawca przedłożył uzupełnione, nowe zobowiązanie BSiPE Energoprojekt - Kraków S.A., w którym w zakresie udostępnianych zasobów, jako „zasoby w postaci osób zdolnych do wykonania zamówienia - w zakresie punktu specyfikacji VI, pkt. 2) d) SIWZ”, gdzie wskazał następujące osoby:

„Pan K. Ś. do pełnienia funkcji Projektanta branży elektrycznej;
Pan M. S. do pełnienia funkcji Projektanta branży elektrycznej;
Pan R. P. do pełnienia funkcji Projektanta branży budowlanej;
Pani E. N. do pełnienia funkcji Projektanta branży budowlanej Pani J. C. - prace geodezyjne;
Pan R. K. - prace geodezyjne”.

Podkreślił przy tym, że zgodnie z informacją zawartą na końcu zobowiązania, zostało ono wystawione w dniu 30 maja 2014 r.

Kontynuując swój wywód następnie wyjaśnił, że w dniu 1 lipca 2014r. Zamawiający pismem znak 1510BPSP-230-112-RP/14 wystosował do Konsorcjum kolejne wezwanie do uzupełnienia dokumentu (zwane dalej: „Wezwaniem II”), w którym to piśmie, wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, „do uzupełnienia wykazu osób (tj. projektanta branży budowlanej), który będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”.

Nadto zaznaczył, że Zamawiający wskazał, iż z zobowiązania złożonego w ramach Uzupełnienia I nie wynika, iż Wykonawca dysponuje Panem D. B..

Tytułem wyjaśnienia, Odwołujący wskazał również, że w znajdującym się w ofercie „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, Konsorcjum konkurencyjne jako Projektanta branży budowlanej (osoba 2) wskazało Pana D. B., natomiast osoba ta nie była wskazana w zakresie udostępnianych zasobów ani w zobowiązaniu złożonym wraz z ofertą ani w zobowiązaniu złożonym w ramach Uzupełnienia I.

Odwołujący dalej zwrócił uwagę, że w odpowiedzi na Wezwanie II, zwycięski wykonawca przekazał pismo znak OU/PW/8337/2014 (zwane dalej: „Uzupełnieniem II”), do którego załączył dokument: „Zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia”, w którym w zakresie udostępnianych zasobów, jako „zasoby w postaci osób zdolnych do wykonania zamówienia - w zakresie specyfikacji VI, pkt. 2) d) SIWZ” wskazano następujące osoby:

„Pan K. Ś. do pełnienia funkcji Projektanta branży elektrycznej;
Pan M. S. do pełnienia funkcji Projektanta branży elektrycznej;
Pan R. P. do pełnienia funkcji Projektanta branży budowlanej;
Pan D. B. do pełnienia funkcji Projektanta branży budowlanej;
Pani J. C. - prace geodezyjne;
Pan R. K. - prace geodezyjne”.

Zaznaczył przy tym, że zgodnie z informacją zawartą na końcu zobowiązania, zostało ono wystawione w dniu 30 maja 2014 r.

Analizując opisany stan faktyczny, Odwołujący twierdził, iż Zamawiający w toku podejmowanych czynności dopuścił się szeregu naruszeń przepisów ustawy Pzp.

Przede wszystkim, podniósł, że zgodnie z wyraźnym i jednoznacznym brzmieniem zdania ostatniego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Skoro Wykonawca w odpowiedzi na Wezwanie I przedłożył w ramach Uzupelnienia I Zobowiązanie BSiPE Energoprojekt - Kraków S.A. podpisane - jak bezspornie wynika z jego treści - w dniu 30 maja 2014 r., czyli ponad miesiąc po terminie składania ofert, to przedłożone oświadczenie – zdaniem Odwołującego - nie powinno być w ogóle brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem moment, na który ma być dokonywana ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu został wyraźnie przez ustawodawcę określony zarówno w art. 26 ust. 2a ustawy Pzp jak i w zdaniu ostatnim art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przyznał, że nie jest bezwzględnie konieczne, aby każdy uzupełniony dokument opatrzony był datą wcześniejszą od dnia upływu terminu składania ofert, jednak wyraził pogląd, że w każdym przypadku z treści uzupełnionego oświadczenia lub dokumentu powinno wynikać, iż warunek (którego spełnienie dokument ma potwierdzać) był spełniony najpóźniej w terminie składania ofert.

W ocenie Odwołującego treść zobowiązania złożonego w ramach Uzupelnienia I w żadnym stopniu nie wskazuje, że najpóźniej w dniu składania ofert, wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Skoro Zamawiający – co potwierdza wystosowane do Konsorcjum Wezwanie I - uznał, że zobowiązanie w ramach oferty nie udowadnia dysponowania zasobami osobowymi BSiPE Energoprojekt - Kraków S.A., to nie powinien - według Odwołującego - również uznać za taki dowód zobowiązań przedłożonych w ramach Uzupelnienia I i Uzupelnienia II, jako że dokumenty te zostały wystawione z datą 30 maja 2014 r., a z ich treści nie wynika spełnianie warunku udziału na dzień 29 kwietnia 2014r.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający, po otrzymaniu w ramach Uzupelnienia I

zobowiązania z dnia 30 maja 2014 r. powinien, niezależnie od braku wskazania w zobowiązaniu Pana D. B., uznać, że wykonawca nie wykazał najpóźniej na dzień składania ofert spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, przewidzianymi do pełnienia funkcji projektantów branży elektrycznej oraz projektantów branży budowlanej, bowiem wykonawca konkurencyjny nie wykazał, że najpóźniej w terminie składania ofert dysponował, czy ściślej - posiadał zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy pracowników BSiPE Energoprojekt - Kraków S.A.: Pana M. S., Pana K. Ś., Pana R. P. i Pana D. B..

Z uwagi na okoliczność, iż Wykonawca Wezwaniem I był już jednokrotnie wzywany do uzupełnienia zobowiązania w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia, Zamawiający nie był uprawniony – w opinii Odwołującego - do powtórnego wzywania Wykonawcy do uzupełnień w tym zakresie i powinien być po otrzymaniu Uzupełnienia I uznać, że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, w związku, z czym podlega wykluczeniu.

Odwołujący podważał czynność Zamawiającego wystosowania do wykonawcy wezwania II, w którym wezwał Konsorcjum do uzupełnienia wykazu osób o projektanta branży budowlanej.

Podkreślił, że Wezwanie II było niedopuszczalne, bowiem zgodnie z utrwalonym zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie poglądem, czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów może być zastosowana jednokrotnie.

W tym kontekście, Wezwanie II wystosowane przez Zamawiającego stanowi - w ocenie Odwołującego - próbę obejścia ograniczeń dotyczących stosowania przepisów art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokonaną w ten sposób, że Zamawiający wzywając pozornie do uzupełnienia innego dokumentu niż wzywał poprzednio w istocie wzywa do uzupełnień w tym samym zakresie, w którym wzywał już wykonawcę do uzupełnienia, bowiem Zamawiający w Wezwaniu I wzywał wykonawcę do dokonania uzupełnień w zakresie osób przewidzianych do pełnienia funkcji projektanta branży elektrycznej oraz projektanta branży budowlanej, którymi będzie on dysponował.

Odwołujący uznał, że jeżeli otrzymawszy takie wezwanie, wykonawca zamierzałby wskazać inne osoby aniżeli wskazał w wykazie osób złożonym Zamawiającemu, powinien być wraz z nowym zobowiązaniem przedłożyć uzupełniony wykaz, w którym wskazałby inne osoby przewidziane do pełnienia określonych funkcji, pokrywające się z osobami

wskazanymi w nowym zobowiązaniu, a jeżeli tego nie uczynił, ograniczając się jedynie do przedłożenia samego zobowiązania, które nie sanowało w pełni braków wskazanych przez Zamawiającego, to Zamawiający nie był uprawniony do kierowania kolejnego wezwania do uzupełnienia w tym samym zakresie.

Nawet gdyby uznać - z czym Odwołujący się nie zgadza - że Zamawiający miał prawo wystosować Wezwanie II, to z pewnością za naruszenie przepisów ustawy Pzp należy uznać uwzględnienie przez Zamawiającego nowego zobowiązania przekazanego w odpowiedzi na Wezwanie II.

W ramach zarzutu naruszenia w art. 7 ustawy Pzp podniósł, że powyższe zachowanie Zamawiającego doprowadziło do wyraźnego uprzywilejowania jednego z uczestników przetargu, które nie może być uzasadnione w świetle przepisów ustawy Pzp.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ELTEL Networks Olsztyn S.A., SAG Elbud Gdańsk S.A., ELFEKO S.A., ul. Gutkowo 81D, 11-041 Olsztyn, zwane dalej Przystępującym, zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz wykonawca NARI Group Corporation (NARI), Nanjing Building D11, High-tech Development Zone, Jiangsu Province, Chińska Republika Ludowa zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

KIO 1689/14

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 ogłoszenia, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), oferty Odwołującego, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 sierpnia 2014r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 września 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3 w związku z art.24 ust.2 pkt. 2, art.26 ust.3, art.26 ust.2b, art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art.87 ust.2 zd.2 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu na zasadzie art.24 ust.2 pkt.2 ustawy Pzp, a także czy był zobowiązany do odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu jej sprzeczności z przepisem art.87 ust.1 zd.2 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący przy złożonej ofercie załączył gwarancję bankową nr LG-PL2014004 z dnia 28 kwietnia 2014r.wystawioną przez Bank of China S.A.

Izba stwierdziła również, że Zamawiający pismem z dnia 15 lipca 2014r., biorąc pod uwagę, że termin składania ofert upłynął w dniu 29 kwietnia 2014r., na zasadzie art.85 ust.2 ustawy Pzp wystąpił do Odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Jako bezsporna pomiędzy stronami jest okoliczność przekazania Zamawiającemu przez Odwołującego oświadczenia w piśmie z dnia 4 sierpnia 2014r., które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 5 sierpnia 2014r., w którym Odwołujący potwierdził aktualność oferty oraz załączył oryginalny dokument przedłużenia wadium do dnia 27 października 2014r.

W rozpoznawanym zakresie spór pomiędzy stronami dotyczył udowodnienia przekazania oświadczenia woli przez Odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60 dni z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium w terminie związania ofertą to jest do dnia 27 lipca 2014r.

Oceniając dowody przedłożone przez strony postępowania odwoławczego na rozprawie Izba dała wiarę tym przedkładanym przez Zamawiającego, uznając, że wyjaśnienia Odwołującego zawierają pewne nieścisłości w stosunku do przedłożonych przez niego dokumentów.

Należy wskazać, że Odwołujący na rozprawie przedłożył oświadczenie z dnia 25 lipca 2014r. sporządzone w Nanjing informujące o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60 dni i o obowiązywaniu wadium do dnia 27 sierpnia 2014r. wraz kopią transmisji faksu na numer

Zamawiającego, a także jej tłumaczeniem przez tłumacza przysięgłego języka chińskiego.

Izba odmawiając uznania wiarygodności powyższego dokumentu doszła do przekonania, że nie jest ze sobą spójna logicznie sytuacja, w której składane są w przedziale czasowym kilkunastu dni prawie identyczne oświadczenia woli, przy czym to z 4 sierpnia 2014r. w żaden sposób nie nawiązuje do tego wcześniejszego oświadczenia przedłożonego na rozprawie.

Zarówno z akt sprawy, jak i wyjaśnienia Odwołującego wynika, że były problemy z transmisją faksu, pomimo twierdzenia Odwołującego o uzyskaniu potwierdzenia transmisji faksu w dniu 25 lipca 2014r.

Z powyższych okoliczności Izba wnioskuje, że nie mogło być pewności, co do właściwego działania faksu Odwołującego.

Jednocześnie Izba na rozprawie zadała pytanie pełnomocnikowi Odwołującego czy podejmował działania, zmierzające do uzyskania od Zamawiającego potwierdzenia przekazania, złożonego przez niego oświadczenia woli z dnia 25 lipca 2014 r., gdzie wyjaśnił, że nie podejmował takich prób, uznając, iż raport z transmisji faksu jest wystarczającym potwierdzeniem dokonanej czynności.

Według zapatrywania Izby w sytuacji, gdy Odwołujący miał świadomość możliwości wystąpienia problemów technicznych przy transmisji faksu, a oparł się jedynie na potwierdzeniu transmisji faksu, jego działanie należy uznać za niewystarczająco staranne do uznania, że oświadczenie woli zostało Zamawiającemu złożone.

Poza tym sam Odwołujący przyznał, że wysyłając faks miał wiedzę, że Zamawiający nie pracuje, a pomimo tego nie podjął żadnych aktów staranności przed upływem terminu związania oferta dla upewnienia się czy Zamawiający zapoznał się z jego oświadczeniem woli.

Nadto pełnomocnik Odwołującego na rozprawie oświadczył, że to, że Zamawiający nie otrzymał tego faksu, nie oznacza, że treść oświadczenia z dnia 25 lipca 2014 r. nie jest prawdziwa.

Z powyższego wyjaśnienia Odwołującego – według Izby - wynika w sposób jednoznaczny, że Odwołujący nie do końca jest świadomy skutków prawnych swojego oświadczenia woli, bowiem z powyższej wypowiedzi wynika wprost przyznanie możliwości

nieotrzymania przez Zamawiającego faksu w terminie związania ofertą.

W powyższym wyjaśnieniu pełnomocnik Odwołującego podkreślił jedynie wolę i zamiar zapewnienia ważności oferty, co przy braku złożenia stosownego oświadczenia w okresie związania ofertą nie ma znaczenia prawnego, wobec wygaśnięcia stosunku prawnego.

W kontekście powyższych ustaleń i rozważań Izby, dowody przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego Izba uznała za uprawdopodobniające okoliczność wpływu w dniu 25 lipca 2014r. jedynie 4 pism, przy czym wśród nich nie było korespondencji od Odwołującego.

Reasumując, w ocenie Izby Odwołujący wykonał powyższe żądanie Zamawiającego dopiero po upływie okresu związania ofertą, który upłynął w dniu 27 lipca 2014r.(termin składania ofert w dniu 29 kwietnia 2014r.), to jest w dniu 5.08.2014r.przekazując pismo z dnia 4.08.2014r.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał w sposób jednoznaczny, że złożył oświadczenie woli w powyższym zakresie przed upływem terminu związania ofertą.

Dodatkowo Izba uznała, że Odwołujący nie podjął żadnych aktów staranności mających na celu uzyskanie potwierdzenia od Zamawiającego przyjęcia złożonego przez niego oświadczenia woli o wyrażeniu zgody na przedłużenie okresu związania ofertą.

Rozpatrując przedmiotową sprawę należy wskazać przepis art. 14 ustawy Pzp w myśl, którego do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Stosownie do przepisu art. 61 § 1 kodeksu cywilnego oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej.

Ze wskazanego wyżej materiału dowodowego wynika, że Zamawiający zapoznał się ze sporym oświadczeniem woli dopiero w dniu 5 sierpnia 2014r., to jest po terminie związania ofertą.

W takiej sytuacji Zamawiający – zdaniem Izby - miał podstawę prawną do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp zgodnie, z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Rozpoznając kolejny zarzut Izba uznała stanowisko Zamawiającego za słuszne, co do poprawności zastosowania przepisu art.89 ust.1 pkt. 1 w związku z art.87 ust.1 zd.2 ustawy Pzp uznając, że treść nowo przedłożonego przez Odwołującego zobowiązania z wprowadzeniem do podwykonawstwa nowego podmiotu stanowi zmianę pierwotnej treści oferty.

Izba ustaliła, że Odwołujący w pkt. 6 Formularza oferty zadeklarował, że zamierza powierzyć podwykonawcom prace projektowe i prace formalno – prawne, tj.: Energoprojekt Poznań S.A. – prace projektowe i EMVA Volt oraz CWW S. C., M.W.-W. i Wspólnicy Kancelaria Radców Prawnych i Adwokatów – prace formalno-prawne, włącznie z pozyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę.

W ocenie Izby powyższe oświadczenie Zamawiającego stanowiło merytoryczną treść oferty Odwołującego, bowiem rozstrzygało o sposobie wykonania przedmiotu zamówienia, który jest istotnym elementem treści oferty.

Natomiast w zobowiązaniu ECM Group Polska S.A. z dnia 15 kwietnia 2014r. załączonym przy piśmie Odwołującego z dnia 9 czerwca 2014 r., złożonym po terminie składania ofert, podmiot przekazujący zasób oświadczył, że będzie świadczył na podstawie umowy o podwykonawstwo zawartej z wykonawcą na cały okres realizacji zadania inwestycyjnego.

Z powyższego oświadczenia woli Odwołującego przejawiającego się w posłużeniu się treścią oświadczenia podmiotu trzeciego wynika w sposób jednoznaczny, że Odwołujący zmienił zakres sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, wprowadzając nowy podmiot, który nie był przez niego przewidziany w pkt. 6 Formularza oferty.

Stosownie do przepisu art. 87 ust. 1 zd.2 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Z brzmienia powyższego przepisu wynika, że Odwołujący nie mógł dokonać modyfikacji pierwotnie zaofferowanego sposobu spełniania świadczenia i w związku z tym nie miał prawa oświadczyć inaczej, niż wynikało to z pierwotnego oświadczenia woli określającego zakres wprowadzonego do zamówienia podwykonawstwa.

Powyższej oceny Izby nie zmienia fakt, w jaki sposób i na jakiej podstawie prawnej Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Ostatecznie należy stwierdzić, że jeżeli Odwołujący zmienił treść swojej oferty, to powinien liczyć się sankcją wynikającą z przepisu art.89 ust.1 pkt.1 w związku z art.87 ust.1 zd.2 ustawy Pzp, skutkującego odrzuceniem jego oferty.

KIO 1699/14

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 27 maja 2014r. i z dnia 1 lipca 2014r., odpowiedzi Przystępującego z dnia 9 czerwca 2014r. i z dnia 2 lipca 2014r. wraz załączonym zobowiązaniem, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 sierpnia 2014r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 września 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art.24 ust.2 pkt. 4 i ust.4, art.26 ust.3, art.26 ust.2a, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu na zasadzie art.24 ust.2 pkt.4 ustawy Pzp z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w przedmiotowym przetargu z powodu nieuzupełnienia wymaganych dokumentów wskutek nieprzedłożenia zobowiązania do

udostępnienia zasobów przy pierwszym żądaniu Zamawiającego.

Po przeanalizowaniu materiału dowodowego zebranego w sprawie Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że przedłożone przez Przystępującego zobowiązanie złożone w następstwie wezwania do uzupełniania dokumentów nie potwierdzało spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Według zapatrywania Izby załączenie przez Przystępującego „Eltel” zobowiązania do udostępnienia zasobu wystawione z datą późniejszą nie przesądza o braku spełniania przez tego wykonawcę żądanego warunku.

Zdaniem Izby Przystępujący „Eltel” udowodnił, że w dacie składania ofert istniało już sporne zobowiązanie do udostępnienia zasobów.

Powyższą okoliczność potwierdza – zdaniem Izby – umowa ramowa nr 116/Eltel/2012 z dnia 5 września 2012r. w zakresie opracowania prac projektowych, z której wynika, że Biuro Studiów i Projektów Energetycznych Energoprojekt Kraków S.A. opracowuje dokumentację projektową przez Biuro Projektów na zlecenie konkretnych Zadań przez Zamawiającego – Eltel Networks Olsztyn S.A.

Jednocześnie należy wskazać, że pomiędzy tymi podmiotami istnieją silne powiązania kapitałowe, bowiem Eltel Networks Olsztyn S.A. jest jedynym akcjonariuszem Biura Studiów i Projektów Energetycznych Energoprojekt Kraków S.A.

Izba stanęła również na stanowisku, że nie może być mowy, w rozpoznawanej sprawie, o podwójnym wezwaniu, skoro Zamawiający w piśmie z dnia 27 maja 2014r. wzywał do złożenia wyjaśnień lub uzupełniania oferty.

Przy czym – zdaniem Izby – mogło wchodzić w rachubę jedynie złożenie wyjaśnień, bowiem uzupełnienie oferty – jej zmiana jest prawnie niedopuszczalna, możliwe jest uzupełnienie dokumentów podmiotowych.

Z powyższego Izba wywnioskowała, że jedynie wezwanie Zamawiającego z dnia 1 lipca 2014r. w spornym zakresie było dla Przystępującego prawnie skuteczne.

Ostatecznie należy wskazać, że Odwołujący w swoim odwołaniu nie sformułował zarzutu złożenia zobowiązania w niewłaściwej formie, a zatem Izba nie miała podstawy do

rozpoznania tego zarzutu z tego powodu, że granice rozpoznania odwołania muszą mieścić się w ramach zgłoszonych zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstawy prawnej do wykluczenia wykonawcy z przetargu i odrzucenia jego oferty.

KIO 1689/14 i KIO 1699/14

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oba odwołania oddalić.

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 2010r. 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:.....