

POSTANOWIENIE
z dnia 31 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Andrzej Niwicki

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 31 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Cubic Defense Applications Inc. w San Diego (USA), Unitronex Poland Sp. z o.o. w Warszawie, „Siltec” Sp. z o.o. w Pruszkowie, Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie

przy udziale:

- wykonawcy SAAB AB w Linköping (Szwecja),
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. w Radomiu, Thales AVS France SAS w Merignac (Francja) i Thales Polska Sp. z o.o. w Warszawie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć konsorcjum Cubic Defense Applications Inc. w San Diego (USA), Unitronex Poland Sp. z o.o. w Warszawie, „Siltec” Sp. z o.o. w Pruszkowie, Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie i zaliczyć na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższych tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

postanowienia z dnia 31 lipca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1390/19

Zamawiający Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7 00-909 Warszawa, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Dostawa, instalacja i uruchomienie taktycznych systemów symulacji pola walki", o numerze nadanym przez zamawiającego IU/170/X-36/ZO/NZO/DOS/Z/2015, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 grudnia 2015 r., pod numerem nr 2015S 246-447263), zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie, wszczęte 19 grudnia 2015 r., jest prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem, w oparciu o przepisy Działu III Rozdziału 4a – zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p.”

W dniu 19 lipca 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum Cubic Defense Applications Inc., 9333 Balboa Avenue, San Diego, California 92123, USA, Unitronex Poland Sp. z o.o., ul. Grochowska 341/68, 03-822 Warszawa, „Siltec” Sp. z o.o., ul. Parzniewska 12, 05-800 Pruszków, Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego, ul. Gen. Sylwestra Kaliskiego 2, 00-908 Warszawa (dalej zwani jako „odwołujący”), wnieśli środek zaskarżenia w postępowaniu.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności zamawiającego polegającej na nieprawidłowym, w ocenie odwołującego, obniżeniu wartości ceny odwołującego, w tym również w zakresie samodzielnego ustalenia ceny przez zamawiającego, w miejsce zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień.

W odwołaniu zostały postawione zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego czynności polegających na ponownym zwróceniu się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym przede wszystkim ceny, pomimo świadomości Zamawiającego, iż istnieją istotne rozbieżności pomiędzy treścią oświadczenia woli Odwołującego złożonego w Postępowaniu w postaci oferty, a rozumieniem przez Odwołującego formularza stanowiącego wzór oferty (dołączonego jako załącznik nr 5 do SIWZ) oraz ceną oferty przyjętą przez Zamawiającego i w konsekwencji dokonania poprawienia błędów w ofercie Odwołującego, które Odwołujący zakwestionował;
2. art. 87 ust. 2 pkt. 2 PZP poprzez jego zastosowanie i dokonanie zmiany treści oświadczenia woli Odwołującego złożonego w Postępowaniu w postaci oferty, polegającej na niezgodnej z prawem i zasadami PZP rekalkulacji cen częściowych

- oferty, znacząco wykraczającej poza dozwolone uprawnienia Zamawiającego w zakresie poprawienia błędów w ofercie Odwołującego;
3. art. 87 ust. 2 pkt. 1 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie dokonania poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie Odwołującego, polegającej na błędnym podaniu cen jednostkowych poszczególnych elementów oferty bez uwzględnienia w nich cen szkoleń dotyczących poszczególnych przedmiotów zamówienia;
 4. art. 65 § 1 KC w związku z art. 14 ust. 1 PZP poprzez dokonanie wykładni oświadczenia woli Odwołującego w sposób nieprawidłowy, bez uwzględnienia dodatkowych okoliczności wskazywanych przez Odwołującego w zakresie oferowanej ceny;
 5. art. 7 ust. 1 PZP poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości Postępowania na skutek zaniechania podjęcia czynności zmierzających do poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, podjęcia wadliwej czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej oraz przygotowania formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 5 do Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób nieprawidłowy i wprowadzający w błąd wykonawców co do sposobu przedstawienia cen za poszczególne elementy oferty objęte zakresem umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na poprawieniu błędów w treści oferty odwołującego w zakresie dotyczącym nie uwzględnienia cen szkoleń w cenach jednostkowych poszczególnych elementów zamówienia, nakazanie zamawiającemu dokonania czynności polegającej na zwróceniu się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny oferty odwołującego i nakazanie powtórzenia badania treści ofert.

Ponadto wniesiono o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestników postępowania wykonawcę SAAB AB w Linköping (Szwecja) i konsorcjum Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. w Radomiu, Thales AVS France SAS w Merignac (Francja) i Thales Polska Sp. z o.o. w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba nie uwzględniła opozycji przeciwko przystąpieniu ww. wykonawców, ponieważ odwołujący nie uprawdopodobnił, że wykonawcy zgłaszający przystąpienie nie mają interesu w uczestnictwie w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W ocenie składu orzekającego umknęło uwadze odwołującego, że interes wykonawcy zgłaszającego przystąpienie, określony w art. 185 ust. 2 p.z.p., jest rozumiany w sposób szeroki.

Ustawodawca zasadniczo, w sposób świadomy, mając na uwadze zasady zupełności i racjonalności systemu prawa, rozróżnił przesłankę materialnoprawną interesu z art. 179 ust. 1 p.z.p. i art. 185 ust. 2 p.z.p., zaś wykładnia prowspólnotowa, stosowana przy wykładni tych przepisów, w sposób stanowczy zmierza do rozszerzenia ochrony prawnej przedsiębiorców w postępowaniach odwoławczych (por. TSUE w wyrokach z 05.04.2016 r. sygn. C 689/13 oraz z 04.07.2013 r. sygn. C 100/12).

Powyższe ma odzwierciedlenie ugruntowanym orzecznictwie Izby, która wielokrotnie wypowiadała się, że interes wykonawcy w rozumieniu art. 185 ust. 2 p.z.p. powinien być szeroko rozumiany, zaś funkcją opozycji jest zapewnienie prawidłowego składu uczestników postępowania odwoławczego.

Tak jak wskazał przystępujący SAAB AB w Linköping w jego interesie leży korzystne rozstrzygnięcie na rzecz zamawiającego w postaci oddalenia lub odrzucenia odwołania, zaś uwzględnienie odwołania mogłoby prowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia przez przystępującego. Natomiast, jak podniósł przystępujący konsorcjum Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. w Radomiu, Thales AVS France SAS w Merignac (Francja) i Thales Polska Sp. z o.o. w Warszawie, ma on realną szansę na uzyskanie zamówienia, o ile odwołanie nie zostanie uwzględnione i Izba nie nakaże poprawienia omyłki w ofercie odwołującego. Ponadto, w interesie obu wykonawców jest przystąpienie po stronie zamawiającego, ponieważ jedynie w ten sposób mogliby zgłosić ewentualną opozycję, przeciwko uwzględnieniu odwołania przez jednostkę zamawiającą, co byłoby czynnością dla nich niekorzystną.

W ocenie składu orzekającego kluczowym dla analizy interesu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 p.z.p., jest moment jego badania oraz zakres możliwych do uzyskania rozstrzygnięć, co oznacza, że interes ten należy badać mając na względzie naczelny cel strony, z perspektywy z której się go ustala. Wyłącznie przystąpienie do sprawy po stronie zamawiającego pozwoli wykonawcom przystępującym na możliwość niedopuszczenia do realizacji wniosków odwołania, odnoszących się do poprawienia oferty odwołującego, lub dodatkowego wezwania do jej wyjaśnienia, do czego wykonawcy nie byłoby uprawnieni przystępując po stronie odwołującego, z uwagi na dyspozycję art. 185 ust. 5 p.z.p.

Rozstrzygnięcie sprawy w sposób bezpośredni przekłada się na zarzuty podniesione przez przystępujący w swoich odwołaniach (sygn. akt: KIO 1383/19 i KIO 1392/19) w rozpoznawanym odwołaniem postępowaniu. Zatem uwzględnienie opozycji odwołującego i wykładanie interesu przystępujących w sposób wąski, tak jak feruje to odwołujący, w przedmiotowym stanie faktycznym, sprzeciwia się wykładni celowościowej i funkcjonalnej art. 185 ust. 2 p.z.p. i pomijałoby cel tej instytucji procesowej. Nie jest bowiem możliwym do zaakceptowania przyjęcie, że przedsiębiorcy, który chce wziąć udział w procesie, a nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, winno się pozbawić możliwości zajęcia stanowiska do czynności, które mają bezpośredni wpływ na jego sytuację. Interpretacja taka nie znajduje

dającego się uchwycić celu i prowadziłyby do znaczącego obniżenia transparentności postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawionej w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, ustaliła, że odwołujący pismem z dnia 26 listopada 2018 r. otrzymał informację od zamawiającego w przedmiocie poprawienia w jego ofercie oczywistej omyłki rachunkowej. W rzeczonyj informacji zamawiający wskazał, że „różnice w wartościach w stosunku do oferowanych cen jednostkowych oraz różnice w łącznych wartościach LSS, KSSPW oraz STWPW w stosunku do cen jednostkowych, uwzględniających wartość szkolenia i dokumentacji technicznej (DT), w ocenie zamawiającego, wynikają z omyłki rachunkowej odwołującego przy obliczaniu łącznych cen”. Wobec czego zamawiający dokonał poprawy omyłek rachunkowych, zgodnie z treścią informacji, obniżając cenę oferty odwołującego z 137 528 893,00 zł na 132 614 694,75 zł.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie z art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p., mającym zastosowanie w ustalonym stanie sprawy, odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na zmianie ceny oferty odwołującego, w konsekwencji dokonania poprawienia omyłki rachunkowej, powinno być wniesione w terminie 10 dni od dnia przesłania wykonawcy informacji o obniżeniu ceny. Z akt sprawy wynika, że odwołujący otrzymał zawiadomienie o poprawieniu omyłek w dniu 26 listopada 2018 r., fakt ten został również przyznany przez odwołującego w treści odwołania (*vide* str. 5 pkt 6 odwołania). Zatem należy przyjąć, że zawity termin na wniesienie środka ochrony prawnej co do zmienienia wartości ceny oferty odwołującego, określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p., rozpoczął bieg z dniem 26 listopada 2018 r. i skutecznie upłynął z dniem 6 grudnia 2018 r. (art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 111 § 2 k.c. oraz art. 111 § 1 k.c.).

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło 19 lipca 2019 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Warto zaznaczyć, że odwołujący podniósł, iż powziął informację, stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania w dniu 9 lipca 2019 r. „w związku z przesłaniem, za pomocą drogi elektronicznej, zaproszenia do podpisania umowy, gdzie wskazano, że cena oferty odwołującego, zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego wynosi 132 614 694,75 zł”, co w ocenie odwołującego powoduje zachowanie terminu, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że stanowisko odwołującego jest sprzeczne z aktami postępowania odwoławczego, bowiem okoliczność, że zamawiający poprawił cenę oferty na 132 614 694,75 zł wynika z treści zawiadomienia o poprawieniu omyłki rachunkowej (*vide* str. 6 pkt 2 zawiadomienia). Izba stwierdziła również, że z żadnej treści dokumentacji postępowania nie wynika, aby czynności zamawiającego z 26 listopada 2018 r. została

unieważniona czy zmieniona. Natomiast założenia odwołującego, że dopiero 9 lipca 2019 r. zamawiający wskazał wykonawcy, że „uznawana” przez zamawiającego cena to 132 614 694,75 zł nie znajdują potwierdzenia w materiale procesowym.

W odwołaniu wykonawca w sposób jednoznaczny wskazuje, że podstawą wniesienia środka zaskarżenia jest okoliczność, iż odwołujący nie zgadza się z czynnością zamawiającego polegającą na poprawieniu omyłki rachunkowej w zakresie wartości szkoleń, wskazanych w formularzu cenowym odwołującego, tj. z przeliczeniem dokonany przez zamawiającego w tym zakresie, co spowodowało obniżenie wynagrodzenia o 4 914 196,86 zł, a która to czynność – zdaniem odwołującego – wymagała podjęcia dalszych czynności, w postaci zastosowania art. 87 ust. 1 p.z.p. lub 90 ust. 1 p.z.p. Nie można jednak nie zauważyć, że pod pozorem podniesienia zarzutów zaniechania wyjaśnień wartości ceny, odwołujący skarży czynność obniżenia ceny jego oferty. W ocenie Izby całe odwołane dotyczy czynności rekalkulacji ceny szkoleń, z którą nie zgadza się wykonawca, która została dokonana 26 listopada 2018 r. Z odwołania wynika, że odwołujący, zamiast wnieść środek zaskarżenia, w ustawowym terminie, dopiero w dniu 14 grudnia 2018 r. przesłał zamawiającemu wyjaśnienia, że nie zgadza się ze zmianą treści oferty, polegającej na obniżeniu ceny o wartość szkoleń. Zatem skład orzekający stwierdził, że – pod pozorem postawienia zarzutu w zakresie zaniechania wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny i zaniechania wyjaśnień treści oferty – odwołujący usiłował obejść zawity termin na wniesienie odwołania co do sposobu poprawienia omyłki przez zamawiającego i obniżenia jego ceny do 132 614 694,75 zł. Następnie wskazywano na rzekome wątpliwości, czy niejasności w zakresie ceny, które winien powziąć zamawiający, celem przywrócenia terminu na czynność ustalenia jej wysokości przez zamawiającego, w zawiadomieniu o poprawieniu omyłki rachunkowej w tym zakresie.

Izba zauważyła również, że odwołujący żądał unieważnienia czynności zamawiającego, polegającej na poprawieniu błędów w treści jego oferty w zakresie dotyczącym nie uwzględnienia cen szkoleń w cenach jednostkowych poszczególnych elementów zamówienia i w tym przedmiocie o nakazanie zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień. Jednocześnie zatem żądano dokonania oceny przez Izbę czynności zamawiającego z dnia 26 listopada 2018 r., w stosunku do której zarzuty zostały wniesione po terminie. Przyjęcie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania do merytorycznego rozpoznania spowodowałoby usankcjonowanie możliwości przywrócenia ustawowego dziesięciodniowego terminu na wniesienie odwołania od tej czynności, co jest nie tylko niedopuszczalne na kanwie p.z.p., ale również byłoby sprzeczne z zasadami naczelnymi zamówień publicznych.

W konsekwencji powyższego, skład rozpoznający spór stwierdził, że zawity termin na skorzystanie przez odwołującego ze środka ochrony prawnej, co do wysokości ustalenia jego ceny przez zamawiającego, w tym również w zakresie ustalonej przez

zamawiającego ceny szkoleń, skutecznie upłynął 6 grudnia 2018 r. i na tym etapie nie ma możliwości konwalidowania terminu, w szczególności w postaci próby obejścia prawa, poprzez postawienie zarzutów wadliwego przeliczenia ceny, pod pozorem zarzutu zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, czy wyjaśnienia treści oferty, bowiem zarzut ten wprost prowadzi do zaskarżenia wysokości ceny, ustalonej w dniu 26 listopada 2018 r.

W konsekwencji powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzuty postawione w odwołaniu są zarzutami spóźnionymi.

W wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p. i zobligowana była odwołanie odrzucić, w związku z czym orzeczono jak w sentencji. Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze p.z.p. postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego Izba wydała na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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), obciążając odwołującego kosztem wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....