

ˆSygn. akt: KIO 167617

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska-Romek**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2017 r. **Control Process EPC Environmental Protection Sp. z o.o., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Józefów, ul. Kardynała Wyszyńskiego 1, 05-420 Józefów**

przy udziale wykonawcy **INSTAL WARSZAWA S.A., ul. Siennicka 29, 04-394 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Control Process EPC Environmental Protection Sp. z o.o., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Control Process EPC Environmental Protection Sp. z o.o., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Control Process EPC Environmental Protection Sp. z o.o., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** rzecz **Miasta Józefów, ul. Kardynała Wyszyńskiego 1, 05-420 Józefów** kwotę **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą wysokość wpisu, zgodnie ze złożoną fakturą.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1676/17

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Józefów - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane o nazwie: „Integracja i rozwój gospodarki wodno-ściekowej w Józefowie - Zadanie 3a Budowa oczyszczalni ścieków wraz z serwisem gwarancyjnym”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2017r. pod numerem 2017/S 103-206271.

W dniu 10 sierpnia 2017r. Odwołujący - Control Process EPC Environmental Protection Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

- czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na wezwaniu Wykonawcy do:

- a. przedstawienia dokumentów stwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu (dla Wykonawcy oraz podmiotu/podmiotów udostępniającego/udostępniających zasoby) - pismo POŚ.271,3.2017,
- b. wyjaśnienia treści dołączonych do oferty dokumentów potwierdzających, że zaoferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego - pismo POŚ.271.3.2017
- c. wyjaśnień i uzupełnień w zakresie podmiotów trzecich - pismo POŚ.271,3.2017,
- d. doprecyzowania informacji na temat kierownika budowy oraz wyjaśnień „w jaki sposób Wykonawca zamierza uzyskać wskaźniki poprawy efektywności energetycznej budynków”,
- e. wyjaśnień - poprzez podanie opisu procesu technologicznego, stosowanych chemikaliów oraz przykładów osiągnięcia tak wysokiego stopnia (30 %) odwadniania osadów stabilizowanych tlenowo przy użyciu analogicznego urządzenia.
- tj. złożenia wyjaśnień, szczegółowo opisanych w trzech pismach Zamawiającego z dnia 4.08. 2017 r. oraz 8.08. 2017 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 93 ust i pkt 4 oraz art. 7 ustawy poprzez wezwanie Odwołującego do dokonania szeregu uzupełnień oraz wyjaśnień oferty w sytuacji, gdy oferta Odwołującego (będąca ofertą najkorzystniejszą) przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie poinformował, że może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty, co

powoduje konieczność unieważnienia postępowania, a co za tym idzie brak przesłanki do wzywania Odwołującego zgodnie z art. 26 ust. 3,

2. art. 87 ust. 1 ustawy poprzez wezwanie Odwołującego do „wyjaśnień” dotyczących sposobów uzyskania wskaźników poprawy efektywności energetycznej budynków oraz podanie opisu procesu technologicznego, stosowanych chemikaliów oraz przykładów osiągnięcia stopnia odwadniania osadów stabilizowanych tlenowo - tj. z przekroczeniem wymagań zawartych w S1WZ dla zakresu oferty,

oraz z ostrożności procesowej

3. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez wyznaczenie terminu nieadekwatnego do zakresu wezwania oraz sytuacji Odwołującego, co jest naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- o nakazanie Zamawiającemu poinformowania, że może zwiększyć kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego, lub - w sytuacji, gdy tej kwoty zwiększyć nie może, unieważnienia czynności wezwania Odwołującego i w konsekwencji unieważnienia postępowania,
- o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do „wyjaśnień” dotyczących sposobów uzyskania wskaźników poprawy efektywności energetycznej budynków oraz podanie opisu procesu technologicznego, stosowanych chemikaliów oraz przykładów osiągnięcia stopnia odwadniania osadów stabilizowanych tlenowo.

Ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutów pkt 1 -2':

- o nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności wezwania z wyznaczeniem terminu adekwatnego do zakresu wezwania oraz uwzględniającego fakt polegania na zasobach podmiotu zagranicznego - tj. co najmniej 14 dni od daty wezwania.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył ww. przepisy Ustawy dokonując czynności wezwania Odwołującego do złożenia uzupełnień i wyjaśnień ~ czterema pismami - trzema z dnia 4. 08. 2017 (wszystkie posiadają ten sam znak -POŚ.271.3.2017) oraz jednym z dnia 8. 08. 2017 (znak POŚ.271 J.2017.MF(61)). Wskazał, że Zamawiający powołał się na przepis art. 26 ust. 2 f, 3 i 4 ustawy pomijając kluczową okoliczność faktyczną, która wystąpiła w postępowaniu. Zamawiający ustanowił kryteria oceny ofert - cena stanowiła 60% wagi, zaś pozostałe kryteria 40% wagi. Odwołujący wskazał, że przy uwzględnieniu tych kryteriów oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, jednak jej cena przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Taka sytuacja powoduje spełnienie się przesłanki zawartej w art. 93 ust 1 pkt 4 Pzp, która to przesłanka jest bezwzględną przesłanką unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wskazał w tym zakresie na wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2017r.

KIO 2414/16. Odwołujący podniósł, że prowadzi to do jedynego możliwego wniosku, że w niniejszym postępowaniu wezwanie Odwołującego do uzupełnień i wyjaśnień możliwe jest wyłącznie po poinformowaniu że może zwiększyć kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego, gdyż w innym przypadku ziści się przesłanka zawarta w wyżej cytowanym przepisie - czyli pomimo wykonania przez Odwołującego wezwań Zamawiającego konieczne będzie unieważnienie postępowania. Wskazać także należy na wynikającą z art. 7 Ustawy zasadę proporcjonalności, której zastosowanie w niniejszym przypadku prowadzić musi do stwierdzenia, że nieproporcjonalnym jest żądanie od Odwołującego działań wynikających z wezwania w sytuacji, gdy nie będzie miał on żadnych podstaw sądzić, że przyniosą one efekt w postaci uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 i 3a Zamawiający nie jest uprawniony do żądania uzupełnień lub wyjaśnień treści oferty zawsze i w każdym przypadku, a jedynie w takiej sytuacji, gdy te działania mogą bezpośrednio doprowadzić do zawarcia umowy z wezwanym podmiotem. W niniejszej sprawie, dopóki Zamawiający nie poinformuje, że może zwiększyć kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego przyjąć należy (zgodnie z brzmieniem art. 93 ust 1 pkt 4 Ustawy) istnienie sytuacji, w której istnieje obowiązek unieważnienia postępowania. Zgodnie zatem z zasadą proporcjonalności Zamawiający powinien dokonać oceny swoich możliwości finansowych i albo unieważnić postępowanie, albo poinformować, że może zwiększyć kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego i następnie sformułować żądania uzupełnień i wyjaśnień, tak aby spełnić wymagania art. 26 ust- 3 i 3a Ustawy.

Odwołujący podniósł, że wezwania do doprecyzowania, w jaki sposób wykonawca zamierza uzyskać wskaźniki poprawy efektywności energetycznej budynków oraz wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie oferowanego stopnia odwodnienia osadów i podania procesu technologicznego oraz przykładów osiągnięcia tak wysokiego stopnia odwadniania osadów stabilizowanych, nie znajdują uzasadnienia na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy. Przepis ten bowiem zezwala na żądanie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, nie uprawnia Zamawiającego do poszerzania zakresu żądanych treści. Odwołujący wskazuje, że w żadnym miejscu SIWZ nie znajdują się wymagania zawarcia w ofercie treści żądanych przez Zamawiającego, a żądania dotyczą kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że w treści SIWZ zostało zawarte stwierdzenie, że *„Weryfikacja osiągniętej wielkości nastąpi no wybudowaniu poprzez sporządzenie świadectwa charakterystyki energetycznej przez podmiot niezależny od Wykonawcy a Wykonawca może podjąć wszelkie działania, które są uznane za NIEISTOTNE w rozumieniu ustawy prawo budowlane w projekcie budowlanym, co powoduje, że żądanie na etapie składania oferty szczegółowego projektu działań jest zdecydowanie przedwczesne, Odwołujący*

musiałby przeprowadzić szczegółowe analizy i sporządzić projekt termomodernizacji budynku - a zatem ponieść koszty w sytuacji, gdy nie wie, czy uda mu się pozyskać przedmiotowe zamówienie. Odwołujący wskazał, że interesy Zamawiającego w tym zakresie są w pełni zabezpieczone wysoką karą umowną, wynikającą z §25 ust. 1 pkt 1 umowy, co powoduje, że przedstawienie szczegółowego projektu na etapie ofertowania jest tym bardziej bezzasadne, gdyż prowadziłoby do wpadnięcia w pułapkę w sytuacji, gdy realizacja tego projektu nie przyniosłaby oczekiwanych efektów - nie mógłby bowiem dokonać innych bardziej skutecznych działań, gdyż byłyby one niezgodne z przedłożoną ofertą. Odwołujący wskazał, że w SIWZ Zamawiający nie wymagał podania takich informacji w zakresie stopnia odwadniania osadów. Analogicznie do pkt I, wartość ta stanowi kryterium oceny ofert oraz jej osiągnięcie jest obwarowane wysoką karą umowną.

Odwołujący wskazał także, że nie jest możliwe w momencie ofertowania podanie szczegółowych parametrów procesu technologicznego, który będzie zachodził podczas eksploatacji oczyszczalni co za tym idzie konieczności, ilości i rodzaju stosowanych chemikaliów. Szczegółowe parametry procesu i urządzeń zostaną określone i dobrane podczas okresu rozruchu oczyszczalni. W zakresie stwierdzenia że jest to „tak wysoki” stopień, Odwołujący wskazuje, że konkurent w niniejszym postępowaniu wskazał zbliżony stopień odwadniania, zaś w innych postępowaniach w których inni Zamawiający również określili jako kryterium stopień odwadniania osadów, wykonawcy składający oferty podawali nawet wyższe stopnie odwadniania osadów. W tym stanie rzeczy Odwołujący uznał, że żądania Zamawiającego przekraczają zakres wynikający z art. 87 ust. 1 ustawy i w istocie prowadzą do negocjowania czy poszerzania treści oferty, co w świetle orzecznictwa KIO jest niedopuszczalne.

W zakresie zarzutu ewentualnego Odwołujący podniósł, że wezwanie obejmuje szeroki zakres merytoryczny, a wyznaczony został termin teoretycznie 6 dniowy, przy czym wezwanie dotarło do Odwołującego w piątek (4,08) po godzinie 12.30, a termin dostarczenia dokumentów został wyznaczony na 10.08 przy czym Zamawiający wymaga złożenia ich w formie pisemnej, co realnie daje Odwołującemu niecałe 3 dni robocze (7,8,9 sierpnia) na opracowanie odpowiedzi i skompletowanie dokumentów od partnera zagranicznego - greckiego. Należy także wziąć pod uwagę konieczność przetransportowania dokumentów z siedziby firmy Odwołującego w Krakowie do siedziby Zamawiającego, tj. pokonania odległości ponad 300 km. Taki termin w żaden sposób nie może być uznany za spełniający wymagania zachowanie uczciwej konkurencji, oraz równe traktowanie wykonawców, w szczególności, że Odwołujący niezwłocznie po otrzymaniu wezwania zwrócił się do Zamawiającego pismem z dnia 7, 08. 2017 r. o wydłużenie wyznaczonego terminu,

wskazując na obiektywne, niezależne od Odwołującego okoliczności, które uniemożliwiają zadośćuczynienie wezwaniu Zamawiającego. Odwołujący wskazał także, że jedno z wezwań obejmuje udzielenie wyjaśnień dla 30 urządzeń technicznych, które znalazły się w ofercie Odwołującego, co wymaga szczegółowego opracowania odpowiedzi, która będzie zrozumiała dla przedstawicieli Zamawiającego, także tych nie będących fachowcami w zakresie technologii używanych przy budowie oczyszczalni ścieków.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, określonych w art. 189 ust. 2 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki do wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danej części zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego i Przystępującego w zakresie braku legitymacji po stronie Odwołującego do skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. Odwołujący jest podmiotem ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, złożył ofertę a na skutek kwestionowanych przez niego działań Zamawiającego polegających na wezwaniu Odwołującego do udzielenia wyjaśnień i uzupełnień oferty, mimo iż w jego ocenie: zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania, termin wyznaczony na udzielenie wyjaśnień i uzupełnień jest niemożliwy do dotrzymania oraz zakres wyjaśnień wykracza poza treść oferty, może doznać szkody w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W ogłoszeniu o zamówieniu (str. 15) sekcja VI.3 Zamawiający wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na zasadzie art. 24aa Pzp. Zamawiający najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert: cena robót budowlanych - 55%, koszt w okresie gwarancji - 5%, doświadczenie kierownika budowy - 5%, efekt odwadniania osadów - 20%, deklarowana moc ogniw fotowoltanicznych- 8%, poprawa charakterystyki energetycznej budynków -7%.

Zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 33 085 239,39 zł brutto. Cena oferty Odwołującego wynosi 33 501 510 zł, cena oferty Przystępującego 31 351 107,35 zł. W kryterium efekt odwadniania osadów Odwołujący zaproponował – 30%, a Przystępujący -28%.

Zamawiający w toku oceny ofert, wezwał Odwołującego pismem z dnia 4.08.2017r., powołując się na art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia, wymienionych szczegółowo w piśmie (m.in. oświadczenie wykonawcy o rocznym obrocie, wykazu robót budowlanych, wykazu osób, informacji z KRK, zaświadczenia z US, ZUS lub KRUS, oświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, odpisu z rejestru dla podmiotu udostępniającego zasoby i innych oświadczeń wykonawcy). Zamawiający wskazał, że dokumenty należy złożyć w formie pisemnej do dnia 16.08.2017r. do godz. 17.00

Również w dniu 4.08.2017r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do wyjaśnień treści dołączonych od oferty dokumentów potwierdzających, że oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego, wskazując na rozbieżności jakie dostrzegł po analizie treści oferty tj. załączonych kart katalogowych, rysunków i planów oraz Załącznika nr 2 do oferty. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia podanych rozbieżności i potwierdzenia, że oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego przez złożenie nowych dokumentów wymienionych w części VI SIWZ tj. kart katalogowych urządzeń wskazanych w Załączniku nr 2 od oferty. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia i dokumenty należy złożyć w siedzibie Zamawiającego w formie pisemnej do dnia 10.08.2017r. do godz. 16.00

W dniu 8.08.2017r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie oferowanego stopnia odwodnienia osadów, podania opisu procesu technologicznego, stosowanych chemikaliów oraz przykładów osiągnięcia tak wysokiego stopnia (30%) odwadniania osadów stabilizowanych tlenowo przy użyciu analogicznego urządzenia. Wskazał, że wyjaśnienia należy przesłać pocztą elektroniczną w formie skanu dokumentu do dnia 16.08.2017r. do godz. 12.00.

Odwołujący w dniu 7.08.2017r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przesunięcie terminu składania wyjaśnień z dnia 10.08 na dzień 17.08 (dotyczyło wezwania z dnia 4.08 w zakresie rozbieżności treści ofert) oraz o przesunięcie terminu wyjaśnień z dnia 16.08.2017r. na dzień 23.08.2017r. (dotyczyło wezwania z 4.08.2017r. dotyczyło przedstawienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków). Odwołujący prośbę swą motywował przede wszystkim charakterem współpracy z podmiotem zagranicznym. Wskazał, że szczególnie istotne dla Odwołującego jest zmiana

terminu w zakresie wyjaśnień wyznaczonych na 16.08. Wezwanie zostało przekazane 4.08 tj. piątek a wyznaczony dzień to środa, dzień po dniu wolnym ustawowo od pracy. Pismem z dnia 8.08.2017r. zamawiający poinformował, że nie wyraża zgody na przesunięcie terminów.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 przez wezwanie Odwołującego do dokonania uzupełnień i wyjaśnień w sytuacji, gdy oferta Odwołującego przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp stanowi, że Zamawiający wzywa do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba, że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli cena oferty najkorzystniejszej lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć za sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w sytuacji, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, jest możliwe wyłącznie po przekazaniu przez zamawiającego informacji o możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny oferty najkorzystniejszej. Procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 Pzp ma miejsce w toku badania i oceny ofert i ma ona w efekcie doprowadzić zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie zaś z ugruntowanym orzecznictwem KIO unieważnienie postępowania w oparciu o przywołany wyżej przepis ustawy możliwe jest jedynie po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Wówczas dopiero zamawiający podejmuje decyzję o możliwości zwiększenia pierwotnie przeznaczonych na ten cel środków publicznych, a decyzja ta jest decyzją suwerenną zamawiającego. Podkreślić należy także, że żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku poinformowania, przed wszczęciem procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp, o możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do kwoty oferty najkorzystniejszej. Oznacza to, że żądanie Odwołującego w tym zakresie nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego. Zauważyć także należy, że Zamawiający w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeszcze nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem nie może już na tym etapie postępowania podjąć decyzji o ewentualnym zwiększeniu kwoty przeznaczonej na realizację do ceny oferty najkorzystniejszej. Ponadto, zwrócić należy uwagę, że Zamawiający w tym postępowaniu wystosował do Odwołującego trzy wezwania o uzupełnienie i wyjaśnienie: w trybie art. 26 ust. 2 f, art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 i ust. 3 Pzp. Jedyne wezwanie, w którym powołał się

na art. 26 ust. 3 Pzp było wezwaniem o udzielenie wyjaśnień treści oferty lub (alternatywnie) złożenie nowych kart katalogowych.

Zamawiający, stosując tzw. „procedurę odwróconą”, w której mowa w art. 24aa Pzp, dokonuje w pierwszej kolejności oceny ofert i bada je pod kątem ewentualnego odrzucenia, a następnie dokonuje weryfikacji wykonawców pod kątem podmiotowym w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w zakresie braku podstaw wykluczenia. Mimo stosowania tej procedury Zamawiający, zgodnie z art. 26 ust. 2 f Pzp, ma prawo na każdym etapie postępowania, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania, wezwać wykonawcę do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z kolei skierowane do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 oraz w trybie art. 26 ust. 4 i 3 Pzp są ściśle związane z czynnością oceny oferty Odwołującego pod względem przedmiotowym. Kierując te wezwania Zamawiający zmierzał do ustalenia zgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami oraz rzetelności podania istotnego elementu dotyczącego poziomu odwodnienia osadów, który był elementem punktowanym. W konsekwencji, przed udzieleniem wyjaśnień i uzupełnień oferty nie można stwierdzić, że zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, tym bardziej, że w postępowaniu została złożona także druga oferta z niższą ceną, mieszcząca się w budżecie Zamawiającego.

Niezasadnym jest także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez wezwanie Odwołującego do wyjaśnień dotyczących sposobów uzyskania wskaźników poprawy efektywności energetycznej budynków, podania opisu procesu technologicznego, stosowanych chemikaliów oraz przykładów osiągnięcia stopnia odwadniania osadów stabilizowanych tlenowo. Zakres żądanych wyjaśnień nie wykracza poza wymagania zawarte w SIWZ i dotyczy treści oferty. Stanowi on wyraz dążenia Zamawiającego do rzetelnego wyjaśnienia treści oferty, szczególnie, że Zamawiający - jak wyjaśnił w toku rozprawy - powziął w toku oceny oferty wątpliwości co do zadeklarowanego poziomu odwodnienia osadów, który był jednym z kryteriów oceny ofert. Odwołujący mógł na tym etapie postępowania, nie znając, jak podnosił jeszcze szczegółów inwestycji, podać Zamawiającemu informacje ogólne, które przyjął jako pewne założenia konstruując i wyceniając ofertę.

Izba uznała także, że terminy wskazane na udzielenie wyjaśnień w pismach z dnia 4.08 oraz 8.08. były wystarczające i adekwatne do zakresu żądanych wyjaśnień i uzupełnień. Termin wskazany w piśmie z dnia 4.08. na uzupełnienie dokumentów podmiotowych wyznaczony na 16.08 wynosił 12 dni. Nie można zatem uznać, że był to termin zbyt krótki, tym bardziej, że wezwanie obejmowało dokumenty podmiotowe, do których złożenia wykonawca mógł być wezwany na każdym etapie postępowania.

Również termin wyznaczony na 10.08.2017r., który wynosił 6 dni (pismo z dnia 4.08) był terminem powszechnie praktykowanym w procedurze wezwania do udzielenia wyjaśnień, tym bardziej, że chodziło o wyjaśnienie pewnych rozbieżności w treści złożonej oferty lub ewentualnie złożenie nowych katalogów (art. 26 ust. 4 i ust.3 Pzp). Podobnie termin od 8.08 do 16.08 na udzielenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie oferowanego stopnia odwodnienia osadów, podania opisu procesu technologicznego, stosowanych chemikaliów oraz przykładów osiągnięcia tak wysokiego stopnia odwodnienia, wynoszący 4,5 dnia roboczego, nawet uwzględniając, że 15.08 był dniem ustawowo wolnym od pracy, jest zdaniem Izby adekwatny do zakresu żądanych wyjaśnień. Zauważyć należy, że wyjaśnienia te można było przekazać Zamawiającemu w formie elektronicznej, zatem termin ten nie był niemożliwy do dotrzymania. Dodatkowo wskazać należy, że Przystępujący także został wezwany do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie i wyjaśnienia takie złożył w określonym przez Zamawiającego terminie. Oznacza to, że uwzględnienie żądania Odwołującego i przywrócenie terminu do udzielenia wyjaśnień i uzupełnień oferty naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców, która jest jedną z naczelných zasad zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: