

Sygn. akt KIO 875/20

WYROK

z dnia 6 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 lipca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę **Doosan Babcock Energy Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Naukowo-Technicznych „Pro Novum” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Naukowo-Technicznych „Pro Novum” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Doosan Babcock Energy Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku, tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2. zasądza od zamawiającego **PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Doosan Babcock Energy Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, przeprowadzający postępowanie dla Zamawiających: PGE Energia Ciepła S.A., Zespołu Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A., Elektrociepłowni Zielona Góra S.A. oraz PGE Toruń S.A., dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Świadczenie usług eksperckich na rzecz PGE Energia Ciepła S.A., Zespołu Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A., Elektrociepłowni Zielona Góra S.A. oraz PGE Toruń S.A.* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 listopada 2019 r. pod numerem 2019/S 227-558210.

W dniu 24 kwietnia 2020 r. wykonawca Doosan Babcock Energy Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 oraz art. 38 ust. 1, 2 i 4 PZP z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Pro Novum pomimo jej sprzeczności ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, z uwagi na zawarcie w pkt IV.1.7 oferty odmiennych warunków gwarancji od określonych przez Zamawiającego w §7 załącznika nr 2 do SIWZ (projektu umowy) wskazując sposób rozumienia gwarancji, jej zakres i nakładając obowiązki na Zamawiającego pomimo, że Zamawiający dokonując wyjaśnień SIWZ pismem z dnia 8 stycznia 2020 r. odpowiadając na pytanie nr 1 nie zezwolił na zmianę umowy w sposób w jaki Pro Novum ujęło gwarancję w złożonej ofercie, a tym samym Zamawiający odrzucił możliwość rozumienia gwarancji w taki sposób jako niezgodny z SIWZ.
- 2) art. 87 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie przez Zamawiającego i Pro Novum negocjacji dotyczących treści złożonej przez Pro Novum oferty oraz zmiany oferty przez Pro Novum w ramach pisma z dnia 10 lutego 2020 r.
- 3) art. 7 ust. 1 PZP z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia lub uznania za podlegającą odrzuceniu oferty Pro Novum z przyczyn

szczegółowo opisanych w treści uzasadnienia odwołania oraz przeprowadzenia ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający sformułował wymagania dotyczące gwarancji na zrealizowane usługi w § 7 załącznika nr 2 do SIWZ (Projekt umowy). Zamawiający w treści załącznika nr 4 do SIWZ (Formularz oferty) zawarł oświadczenie o akceptacji warunków i okresu gwarancji określonych w SIWZ (pkt. IV ppkt. 1.7), nie pozostawiając możliwości samodzielnego określenia warunków ani okresu gwarancji przez wykonawców. Zamawiający wymagał złożenia oferty na formularzu zgodnym ze wzorem znajdującym się w załączniku nr 4 do SIWZ.

Zamawiający w dniu 8 stycznia 2020 r. odpowiadając na pytania wykonawców, w ramach odpowiedzi na pytanie 1 wskazał, że nie wyraża zgody na zmianę §7 ust. 2 projektu umowy poprzez dodanie sformułowania: *Przez gwarancję na badania i prace o charakterze eksperckim rozumie się uzupełnienie w terminie uzgodnionym przez Strony i na koszt Wykonawcy fragmentów dokumentacji powykonawczej zakwestionowanych z powodu wykonania prac niezgodnie z przepisami, normami i standardami obowiązującymi w dniu końcowego odbioru prac. Gwarancja obejmuje nieprawidłowości zgłoszone (z uzasadnieniem) na piśmie w terminie wskazanym powyżej. W razie zgłoszenia roszczenia z gwarancji Zamawiający udostępni zestaw informacji o historii i warunkach eksploatacji urządzenia w postaci czasowych zapisów wybranych parametrów pracy od daty jego pierwszego uruchomienia po postoju podczas którego wykonywane były badania do momentu zgłoszenia reklamacji (obejmujące również istotne informacje remontowe). Listę i format zapisu danych procesowych oraz informacji dotyczących historii eksploatacji określimy w przypadku otrzymania konkretnych zastrzeżeń dot. jakości wykonanych przez nas prac.*

Zamawiający w ten sposób wykluczył zaprezentowany w pytaniu sposób rozumienia gwarancji i możliwość zaciągnięcia zobowiązań określonych w propozycji (w szczególności w zakresie terminu i formy zgłaszania reklamacji i obowiązku przekazywania danych). Pomimo tego, że wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 8 stycznia 2020 r. były jasne i nie powinny pozostawiać wątpliwości, co do gwarancji, która ma zostać udzielona na przedmiot zamówienia, Pro Novum w pkt IV.1.7 formularza oferty zamieściło treść identyczną z propozycją zmiany zawartą w pytaniu nr 1 do SIWZ.

W ocenie Odwołującego zamieszczenie przez Pro Novum w pkt IV.1.7 złożonej oferty takiego zastrzeżenia sprawia, że oferta jest niezgodna z SIWZ. Abstrahując od wyjaśnień Zamawiającego z dnia 8 stycznia 2020 r., oferta Pro Novum z uwagi na treść pkt. IV ppkt. 1.7. nie odpowiada warunkom określonym w załączniku nr 2 SIWZ określając w inny sposób obowiązki gwarancyjne wykonawcy i nakładając nieprzewidziane projektem umowy obowiązki

na Zamawiającego.

Odwołujący zwracał uwagę, że w orzecznictwie Izby ugruntowany jest pogląd, że zgodności oferty z SIWZ nie można wywodzić z ogólnych oświadczeń zawartych w formularzu ofertowym ani składanych po terminie składania ofert. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy powinno być zatem oświadczenie o akceptacji warunków gwarancji znajdujące się w pkt IV.1.7 oferty Pro Novum zwłaszcza, że zaraz po nim znajduje się treść zaprzeczająca takiemu oświadczeniu oraz wyjaśnienia oferty złożone przez Pro Novum w piśmie z dnia 10 lutego 2020 r.

W ocenie Odwołującego korespondencja między Zamawiającym i Pro Novum przeprowadzona pismami z dnia 4 lutego 2020 r. (Zamawiający) i 10 lutego 2020 r. (Pro Novum) w istocie stanowiła niedopuszczalne negocjacje treści oferty prowadzące ostatecznie do jej zmiany przez Pro Novum. Zamawiający w swoim piśmie nie prosił o wyjaśnienie żadnych wątpliwości dotyczących oferty, a jedynie chciał „potwierdzenia”, że wykonawca akceptuje okres i warunki gwarancji określone w SIWZ. Odpowiedź Pro Novum ograniczająca się do oświadczenia o akceptacji okresu i warunków gwarancji określonych w SIWZ bez jakiegokolwiek odniesienia do pierwotnej treści pkt IV.1.7 oferty również musi być zinterpretowana jako potwierdzenie, że oferta takiej akceptacji nie zawierała. Tym samym akceptacja warunków gwarancji złożona w piśmie z dnia 10 lutego 2020 r. stanowiła niedopuszczalną zmianę pierwotnej oferty, która zawierała warunki i zakres określone w pkt IV.1.7 oferty i pozostawała sprzeczna z SIWZ.

Pomimo określenia przez Pro Novum własnych warunków i zakresu gwarancji odbiegającego do postanowień SIWZ, Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty Pro Novum i wybrał ją jako najkorzystniejszą. Tym samym Pro Novum przez specjalne traktowanie posiadał nieuzasadnioną przewagę nad innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Naukowo-Technicznych „Pro Novum” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, dalej także „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazywał, że czynności podjęte przez Zamawiającego były nie tylko zgodne z przepisami Pzp, w szczególności z art. 87 ust. 1, który umożliwia Zamawiającemu żądanie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, ale wręcz konieczne z punktu widzenia interesu publicznego i dyscypliny finansów publicznych. Warunki gwarancji zostały podane przez Przystępującego w ofercie, gdzie zaakceptował on gwarancję zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz dodał neutralny zapis odnoszący się do jego rozumienia gwarancji, nieingerujący w żaden sposób w warunki określone przez

Zamawiającego. W wyniku wyjaśnień Przystępujący potwierdził, że oferuje warunki gwarancji zgodne z SIWZ nie dokonując w żaden sposób zmiany oferty. Złożone wyjaśnienia treści oferty mieściły się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji, albowiem polegały one na potwierdzeniu oświadczenia zawartego w ofercie przy uwzględnieniu faktu, iż dodana w ofercie treść nie ingerowała w żaden sposób w warunki gwarancji postawione przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 30 czerwca 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Podkreślał, że analiza odwołania nie uszczegóławia na czym polega niezgodność z SIWZ w ofercie Pro Novum. Wykonawca nie zwrócił się z wnioskiem o wyjaśnienie SIWZ, a jedynie zaproponował dodanie zapisu mającego na celu doprecyzowanie umieszczonego tam zobowiązania. Wykonawca nie miał wątpliwości co do rozumienia postanowień umowy, a jedynie wnosił o dodanie określonego sformułowania. Dodane przez Przystępującego sformułowanie nie jest niczym nowym, nie zawęża uprawnień Zamawiającego w ramach gwarancji jak również nie nakłada dodatkowych obowiązków. Stanowi jedynie krótkie podsumowanie praktyk stosowanych w ramach wykonywania świadczeń gwarancyjnych. Zdaniem Zamawiającego oferta złożona przez Pro Novum jest zgodna z treścią SIWZ i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro zaś Pro Novum wiedząc, że obowiązek złożenia oferty zgodnej z treścią SIWZ spoczywa na wykonawcy, a wybór jego oferty skutkować będzie zawarciem umowy o treści i na warunkach określonych przez Zamawiającego, złożył dwukrotnie oświadczenie woli o akceptacji tego stanu rzeczy, to poczyniony przezeń dopisek w pkt 1.7 formularza ofertowego odczytywać należy w duchu złożonych oświadczeń, a nie w sprzeczności z nimi.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, odpowiedzi na pytania, ofert wykonawców, korespondencji prowadzonej między Zamawiającym a Przystępującym, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 lipca 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie przez wybranego wykonawcę usług z zakresu szeroko rozumianych ekspertyz technicznych dla sektora elektroenergetycznego i ciepłowniczego, specjalistycznych pomiarów, usług naukowo badawczych, projektowania i doradztwa, analizowanie przyczyn awarii, ryzyka, wraz z zakresem niezbędnym do spełnienia celu, prac diagnostycznych.

Zgodnie z pkt 20.2.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, Zamawiający wymagał, aby oferta zawierała min. wypełniony i podpisany Formularz Oferty wraz z załącznikami, którego wzór stanowi Załącznik Nr 4 do SIWZ.

Izba ustaliła, że w załączniku nr 4 - Formularz Oferty wykonawcy zobligowani zostali do złożenia oświadczeń, m.in. w pkt IV.1.7 o następującej treści: *Akceptujemy okres i warunki gwarancji określone przez Zamawiającego w SIWZ. Warunki gwarancji zostały szczegółowo określone we wzorze umowy.*

Zgodnie z postanowieniami §7 wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ): *7.1 Wykonawca gwarantuje, że przedmiot Umowy będzie wolny od Wad. 7.2. Na wykonane Prace Wykonawca udziela 12 miesięcznej gwarancji oraz 12 miesięcznej rękojmi. Okres Gwarancji i Rękojmi będzie liczony od daty podpisania Protokołu Odbioru tych Prac. (...) 7.5 Termin usunięcia Wady zostanie wyznaczony przez Zamawiającego, z uwzględnieniem możliwości technicznych i organizacyjnych, przy czym Wykonawca zobowiązuje się być przygotowanym do usuwania Wad tak, aby nastąpiło to niezwłocznie, mając na względzie maksymalne ograniczenie szkód Zamawiającego. Wykonawca przystąpi do usuwania Wad w Pracach nie później niż w ciągu 24 godzin od godziny ich zgłoszenia przez Zamawiającego. Koszt usunięcia Wady w całości pokrywa Wykonawca. (...) 7.7. Zgłaszania Wad należy dokonywać: 7.7.1 telefonicznie, na numer:, (a następnie potwierdzić w terminie do 2 dni pocztą elektroniczną), lub 7.7.2 pocztą elektroniczną, na adres:*

W odpowiedzi na pytania zadane w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający w dniu 8 stycznia 2020 r. opublikował pismo z wyjaśnieniami treści SIWZ. W odpowiedzi na pytanie nr 1 Zamawiający wskazał, że nie wyraża zgody na zmianę § 7 ust. 2 projektu umowy, czyli załącznika nr 2 do SIWZ poprzez dodanie sformułowania: *Przez gwarancję na badania i prace o charakterze eksperckim rozumie się uzupełnienie w terminie uzgodnionym przez Strony i na koszt Wykonawcy fragmentów dokumentacji powykonawczej zakwestionowanych z powodu wykonania prac niezgodnie z przepisami, normami i standardami obowiązującymi w dniu końcowego odbioru prac. Gwarancja obejmuje nieprawidłowości zgłoszone (z uzasadnieniem) na piśmie w terminie wskazanym powyżej. W razie zgłoszenia roszczenia z gwarancji Zamawiający udostępni zestaw informacji o historii i warunkach eksploatacji*

urządzenia w postaci czasowych zapisów wybranych parametrów pracy od daty jego pierwszego uruchomienia po postoju podczas którego wykonywane były badania do momentu zgłoszenia reklamacji (obejmujące również istotne informacje remontowe). Listę i format zapisu danych procesowych oraz informacji dotyczących historii eksploatacji określimy w przypadku otrzymania konkretnych zastrzeżeń dot. jakości wykonanych przez nas prac.

Do terminu składania ofert, tj. do 15 stycznia 2020 r., oferty złożyło trzech wykonawców, z czego ceny dwóch ofert przekraczały budżet Zamawiającego przeznaczony na realizację zamówienia.

Izba ustaliła, że Przystępujący w formularzu ofertowym w pkt IV.1.7 zamieścił dodatkową treść, tożsamą z propozycją zmiany zawartą w pytaniu nr 1 do SIWZ, tj. *Przez gwarancję na badania i prace o charakterze eksperckim rozumie się uzupełnienie w terminie uzgodnionym przez Strony i na koszt Wykonawcy fragmentów dokumentacji powykonawczej zakwestionowanych z powodu wykonania prac niezgodnie z przepisami, normami i standardami obowiązującymi w dniu końcowego odbioru prac. Gwarancja obejmuje nieprawidłowości zgłoszone (z uzasadnieniem) na piśmie w terminie wskazanym powyżej. W razie zgłoszenia roszczenia z gwarancji Zamawiający udostępni zestaw informacji o historii i warunkach eksploatacji urządzenia w postaci czasowych zapisów wybranych parametrów pracy od daty jego pierwszego uruchomienia po postoju podczas którego wykonywane były badania do momentu zgłoszenia reklamacji (obejmujące również istotne informacje remontowe). Listę i format zapisu danych procesowych oraz informacji dotyczących historii eksploatacji określimy w przypadku otrzymania konkretnych zastrzeżeń dot. jakości wykonanych przez nas prac.*

Pismem z dnia 4 lutego 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o potwierdzenie, że wykonawca akceptuje okres i warunki gwarancji określone w SIWZ. W odpowiedzi na powyższe Przystępujący, pismem z dnia 10 lutego 2020 r., poinformował, że akceptuje okres i warunki gwarancji określone przez Zamawiającego w SIWZ.

W dniu 15 kwietnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Naukowo-Technicznych „Pro Novum” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych

przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania. Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego co do braku wykazania interesu Odwołującego do wniesienia odwołania. Zamawiający wskazywał, że cena oferty złożonej przez Odwołującego przekracza kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, zatem szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia pozostaną niepewne, bowiem w głównej mierze zależą od możliwości zwiększenia finansowania zamówienia przez Zamawiających. Podnosił, że oferta Odwołującego przekracza o ponad 4 000 000,00 zł budżet przeznaczony na realizację zamówienia, a Odwołujący liczy na wyeliminowanie z postępowania jedynej oferty, której wartość mieści się w budżecie, po to, aby doprowadzić do unieważnienia postępowania, wobec braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia przez Zamawiającego. Takie działania można uznać za noszące znamiona nieuczciwej konkurencji i dążenia do nieuprawnionego uprzywilejowania Odwołującego, pozbawione poszanowania dla racjonalnego wydatkowania środków publicznych przez Zamawiającego.

Izba wskazuje, że interes w uzyskaniu zamówienia dotyczy daty wniesienia odwołania, zatem dalsze hipotetyczne czynności zamawiającego, zmierzające do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty zamawiający nie może zwiększyć (zresztą Zamawiający złożył jedynie oświadczenie, nie poparte żadnymi dowodami), nie pozbawiają wykonawcy środków ochrony prawnej. Pojęcie interesu należy traktować co do zasady szeroko, a działanie podmiotu kwestionującego wybór oferty, nawet w przypadku gdy oferta Odwołującego przekracza budżet Zamawiającego, prowadzi do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania, a nie do dążenia do nieuprawnionego uprzywilejowania Odwołującego.

Skoro oferta Odwołującego nie jest odrzucona, to Odwołujący cały czas ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek niezgodnych z ustawą Pzp decyzji zamawiającego, a tym samym ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp. *W wyroku w sprawie C-110/12 Fastweb Trybunał wskazał, że każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych wykonawców, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty (pkt 33). W wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 PFE, Trybunał potwierdził ww. stanowisko i ponownie orzekł, że w sytuacji, w której*

dwóch oferentów wnosi odwołania zmierzające do ich wzajemnego wykluczenia, każdy z tych oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia.

Po pierwsze, zdaniem TSUE, wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z nich mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Tym samym, TSUE wprowadził rozróżnienie między możliwością bezpośredniego a pośredniego uzyskania danego zamówienia, przy czym i w pierwszym i w drugim przypadku mamy do czynienia ze spełnieniem przesłanki interesu, o której mowa w art. 179 ust 1 ustawy Pzp. Zatem, interesu wykonawcy w uzyskaniu kontraktu nie należy odnosić tylko do „danego postępowania”, ale do „danego zamówienia”. Pojęcie „danego zamówienia” jest więc pojęciem szerszym od pojęcia samego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamówienia bowiem można udzielić nie tylko w wyniku przeprowadzenia jednego postępowania, ale tych postępowań może być więcej.

Dodatkowo, wbrew argumentacji prezentowanej przez zarówno Zamawiającego, jak i Przystępującego, Izba bada wyłącznie legalność postępowania zamawiającego, a nie gospodarność, racjonalne wydatkowanie środków publicznych przez Zamawiającego czy też kwestie związane z dyscypliną finansów publicznych. Izba zatem nie może wkraczać w kompetencje organów administracyjnych, którym taką kontrolę przypisano.

Następnie, Izba stwierdziła, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący wskazał na czym polega niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ. Izba podziela pogląd, że o ile wskazanie zarzucanych przepisów nie jest bez znaczenia, o tyle dla skuteczności zarzutu kluczowe znaczenie ma sprecyzowanie, na czym polega ich naruszenie w konkretnym przypadku, co wymaga szczegółowego opisu działania lub zaniechania zamawiającego. Izba stwierdziła, że na podstawie sprecyzowanego przez Odwołującego zarzutu można stwierdzić, że Odwołujący niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ upatruje w modyfikacji oświadczenia znajdującego się w formularzu oferty, a dotyczącego warunków gwarancji określonych w §7 wzoru umowy, na których zmianę nie zgodził się Zamawiający, udzielając negatywnej odpowiedzi na pytanie nr 1 w dniu 8 stycznia 2020 r.

W dalszej kolejności Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. jeżeli oferta została sporządzona niezgodnie z postanowieniami SIWZ, a niezgodność ta nie może być usunięta w

trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Powyższe przepisy odnoszą się do zasady związania wykonawcy oświadczeniami zawartymi w ofercie oraz do zasady niezmienności oferty. Zasady te odnoszą się do elementów, które treścią oferty zostały objęte i w niej wyrażone.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że oferta Przystępującego została przygotowana niezgodnie z udzieloną odpowiedzią na pytanie do SIWZ. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 w dniu 8 stycznia 2020 r. wprost wskazał, że nie wyraża zgody na dodanie treści dotyczącej gwarancji. Ww. wyjaśnienie, udzielone przez Zamawiającego, zostało zamieszczone na stronie internetowej i stało się integralną częścią SIWZ oraz na równi z jej pozostałymi postanowieniami obowiązywało wszystkich wykonawców. Odpowiedzi na pytania wykonawców są uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 roku, sygn. akt KIO 2412/15). Biorąc powyższe pod uwagę, nie podzielono stanowiska Zamawiającego, który zdawał się nie dostrzegać faktu udzielenia takiej odpowiedzi w toku postępowania, akcentując w sposób nieuprawniony, że wykonawca nie miał wątpliwości co do rozumienia postanowień umownych, a wnosił jedynie o dodanie określonego sformułowania.

Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, winien przestrzegać naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia, a zwłaszcza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przejawia się ona również w tym, że wykonawca ma prawo działać w zaufaniu do udzielanych mu odpowiedzi, traktować je jako wykładnię autentyczną i oczekiwać, że zastosowanie się do nich nie będzie się wiązało dla niego z ujemnymi skutkami (tak np. w wyroku KIO z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1479/18). Treść odpowiedzi na pytanie dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest jedną z czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec których wykonawcom przysługuje uprawnienie do wniesienia środka ochrony prawnej, tak samo jak w przypadku postanowień treści SIWZ. Przystępujący nie kwestionował na odpowiednim etapie treści wzoru umowy w zakresie gwarancji. Skoro tego nie uczynił, a odpowiedź na pytanie Zamawiającego podtrzymywała dotychczasową treść postanowień umownych, to stała się obowiązująca i skuteczna wobec wszystkich uczestników postępowania.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że formularz ofertowy Przystępującego zawierał dodatkowe sformułowania dotyczące gwarancji, których Zamawiający nie dopuścił wobec jednoznacznie udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 1 w dniu 8 stycznia 2020 r. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 16 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 573/19 ze stanem niezgodności oferty z SIWZ, stanowiącym podstawę odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mamy do czynienia co do zasady (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) w sytuacji, w której oferowane przez wykonawcę świadczenie nie

odpowiada wymogom zamawiającego charakteryzującym przedmiot zamówienia, opisanym postanowieniami SIWZ i wynikającym z udzielonych odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie jej treści.

Skład orzekający stoi na stanowisku, że zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie jest okolicznością, którą można domniemywać lub zakładać na podstawie ogólnego oświadczenia wykonawcy wówczas, gdy postanowienia SIWZ precyzyjnie określają wymogi gwarancji. Skoro Zamawiający w sposób jasny określił ww. warunki, to wykonawcy byli zobowiązani się do nich zastosować i ponieść wszelkie konsekwencje związane z udzieloną odpowiedzią na pytanie. Obowiązkiem wykonawcy jest dochowanie należytej staranności i postępowanie zgodnie z procedurą określoną przez Zamawiającego. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego jest niezgodna z postanowieniami SIWZ z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie dotyczące możliwości uzupełnienia postanowień umownych. Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego należy uznać za zasadny.

Z tych samych przesłanek Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W rozpoznawanej przez Izbę sprawie nie było sporu między stronami oraz uczestnikiem postępowania odwoławczego, iż oświadczenia dotyczące gwarancji stanowiły treść oferty. Przystępujący złożył oświadczenie w zakresie akceptacji warunków gwarancji i uzupełnił je o sformułowanie, na które Zamawiający nie wyraził zgody. Zamawiający nie miał podstaw do wzywania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby, wobec postanowień SIWZ i jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, takie wezwanie do potwierdzenia akceptacji warunków gwarancji, było naruszeniem nie tylko art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, lecz również zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nawet jeśli, jak twierdzi Zamawiający, sformułowanie dodane przez Przystępującego w treści formularza ofertowego, jest zgodne z jego dotychczasową praktyką, należało dać temu wyraz w dokumentacji przetargowej, tak aby wszyscy wykonawcy na etapie składania oferty posiadli wiedzę co do praktyk stosowanych przez Zamawiającego w ramach wykonywania świadczeń gwarancyjnych.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: