

WYROK

z dnia 8 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**
Aneta Mlącka
Izabela Niedzialek-Bujak

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „Cezas” SP. z o.o., al. Solidarności 15, 15-751 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Państwową Wyższą Szkołę Zawodową w Koninie, ul. Przyjaźni 1, 62-510 Konin**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 12. 454, 00 zł (słownie: dwanaście tysięcy czterysta pięćdziesiąt cztery złote 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu i opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup i dostawa mebli dla PWSZ w Koninie” o wartości szacunkowej zamówienia nie przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Państwową Wyższą Szkołę Zawodową w Koninie odwołanie wniósł wykonawca - Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Spółka z o.o. z siedzibą w Białymstoku, od niezgodnych – jego zdaniem - z przepisami ustawy czynności, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, a mianowicie:

- a) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych wobec dokonania wyboru oferty złożonej przez LBM Spółka z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, pomimo, że nie była to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec braku skutecznego złożenia oświadczenia o objęciu gwarancją jakości na okres minimum 24 miesięcy na wykonany przedmiot zamówienia i przyjęcia do oceny oferty informacji przekazanej w formie nie poświadczonej za zgodność kopii złożonej bez zachowania zasady poufności, według której wykonawca udziela gwarancji na okres 120 miesięcy, czym Zamawiający naruszył zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz udzieleniu zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,
- b) art. 82 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp wobec bezpodstawnego uznania, że oferta LBM Sp. z o.o. w Bydgoszczy odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pomimo że wykonawca nie złożył skutecznego oświadczenia o okresie gwarancji udzielonej na wykonany przedmiot zamówienia w formie przewidzianej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności określonych w pkt 10 i 13 w zw. z pkt 2.3 i 15.4, czym Zamawiający naruszył zasady przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,
- c) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp wobec nie odrzucenia oferty LBM Spółka z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, pomimo że treść oferty nie odpowiadała treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia określonych przez Zamawiającego według pkt 2.3 i 15.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do czego Zamawiający był zobowiązany, gdyż wykonawca nie złożył skutecznego oświadczenia o okresie gwarancji udzielonej na

wykonany przedmiot zamówienia, czym Zamawiający naruszył zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz udzieleniu zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp wniósł o: 1) uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty LBM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, jako najkorzystniejszej oraz czynności zawiadomienia o dokonanym wyborze,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy LBM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy,
- 3) powtórzenia czynności związanych z badaniem i oceną ofert, w tym oferty Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół CEZAS sp. z o.o. z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu wymogów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół CEZAS sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

W uzasadnieniu zarzutów podał, co następuje:

Wartość przedmiotu zamówienia, jako zadania pod nazwą: „Zakup i dostawa mebli dla PWSZ w Koninie” nie przekracza kwoty określonej na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Istotne warunki zamówienia zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ lub siwz), gdzie między innymi w pkt 2.2 oraz 15.4 został określony wymóg, aby okres gwarancji na wszystkie elementy objęte przedmiotem zamówienia wynosił minimum 24 miesiące od dnia odebrania przez Zamawiającego kompletnego zamówienia i podpisania bez uwag przedmiotu końcowego. Zamawiający wskazał w pkt 17 siwz, jako kryteria oceny ofert - kryterium ceny (waga 60%) oraz okres gwarancji na przedmiot zamówienia (waga 40%). Do przetargu przystąpiło ośmiu wykonawców, w tym Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół CEZAS sp. z o.o. z ofertą na wykonanie zamówienia za cenę brutto 132.811,71 zł oraz gwarancją na okres 120 miesięcy. Zamawiający udzieli zamówienia firmie LBM Sp. z o.o., która zaoferowała cenę brutto 120.750,33 zł oraz okres gwarancji 120 miesięcy. Punktacja przyznana tej ofercie zgodnie z zapisem SIWZ w pozycji C=60 pkt, w pozycji G=40 pkt razem L=100 pkt. Natomiast oferta Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół CEZAS sp. z o.o. uzyskała 94,55 pkt (C=54,55 pkt oraz G=40 pkt), co oznacza, że była najbardziej korzystną ze wszystkich pozostałych ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący, kwestionuje dokonany wybór najkorzystniejszej oferty, albowiem jego zdaniem ta czynność jest niezgodna z przepisami ustawy wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty LBM Sp. z o.o., jako niezgodnej z siwz, do czego Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, w tym obowiązku prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności obowiązku udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zdaniem wykonawcy podjęte czynności naruszają art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 92 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Stwierdził ponadto, że podstawa i przesłanki odwołania są zgodne z art. 180 ust. 1 pkt 6 Pzp. Wykonawca wskazał, że Zamawiający w SIWZ określił następujące wymagania dotyczące ofert: (1) formularz oferty wraz ze stanowiącymi jego integralną część załącznikami powinien być wypełniony przez Wykonawcę ściśle według postanowień specyfikacji, bez dokonywania zmian (pkt 3 siwz); (2) integralną część oferty stanowi wypełniony i podpisany formularz oferty, który może być przedstawiony w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (pkt 10 w zw. z pkt 10.1 siwz wraz z uwagą do pkt 10 siwz); (3) oferta powinna być podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania firmy na zewnątrz i zaciągania zobowiązań w wysokości odpowiadającej cenie oferty, a podpis na ofercie musi być zgodny z zasadami reprezentacji we właściwym rejestrze (pkt 13.1 siwz); (4) treść oferty musi odpowiadać specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 13.2 siwz); (5) dokumenty składające się na ofertę mogą być przedstawione w formie oryginału lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę (pkt 13.4 siwz); (6) oferty należy składać w nieprzezroczystej, zabezpieczonej przed otwarciem kopercie opatrzonej adresem Zamawiającego oraz danymi i adresem Wykonawcy (pkt 14 siwz). W specyfikacji określono także warunek udzielenia 24 - o miesięcznej gwarancji jakości na wszystkie elementy mebli, a zatem brak skutecznego oświadczenia o udzieleniu gwarancji stanowi o niezgodności oferty z wymogami SIWZ. Oferta LBM Sp. z o.o. w ocenie skarżącego nie zawiera skutecznego oświadczenia wykonawcy o udzieleniu gwarancji na okres minimum 24 miesięcy, gdyż w ofercie złożonej przez LBM Sp. z o.o. w formie odpowiadającej treści załącznika nr 2 do siwz w miejscu przewidzianym na oświadczenie o udzieleniu gwarancji brak jest oświadczenia o okresie na jaki zostaje udzielona gwarancja (cyt. „Oświadczamy, że UDZIELAMY gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia - [zachowane puste miejsce - przyp. Autora] miesięcy”). wykonawca składający tę ofertę, w dniu 14.10.2016 r. przesłał na adres poczty elektronicznej Zamawiającego wiadomość z załącznikiem w postaci zeskanowanego oświadczenia o udzieleniu gwarancji na okres 120 miesięcy. Wiadomość ta została uznana przez Zamawiającego za zmieniającą ofertę i stanowiła podstawę do oceny i wyboru oferty LBM Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. W ocenie skarżącego PZS CEZAS stanowisko Zamawiającego jest błędne. Zgodnie z wymogami SIWZ warunkiem ważności

oferty jest złożenie jej w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność w zamkniętej kopercie. Zmiana oferty (tak jak w niniejszym przypadku w zakresie udzielenia gwarancji) może być dokonana pod zachowaniem warunku zawiadomienia Zamawiającego o dokonaniu zmian z zastrzeżeniem formy przewidzianej dla oferty. Warunków tych wykonawca LBM Sp. z o.o. nie zachował, przede wszystkim z tej przyczyny, iż załącznik do wiadomości e-mail nie może być uznany za ofertę w rozumieniu pkt 13 SIWZ z powodu braku oryginalnego podpisu lub poświadczenia za zgodność. Ponadto nie został zachowany warunek formalny złożenia nowej oferty w zamkniętej kopercie z adnotacją o zmianie oferty, jak w pkt. 21 SIWZ. Obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zaś zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, (art. 7 ust. 1 i 3 Pzp), w tym przypadku stosując do wszystkich ofert te same kryteria oceny zgodności z SIWZ. A więc w sytuacji, gdy jedna z ofert, a mianowicie oferta LBM Sp. z o.o., nie odpowiada wymogom SIWZ. Odwołujący stwierdził, że tej sytuacji Zamawiający naruszył przepisy Pzp - art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (wobec jego niezastosowania) - dokonując wyboru oferty LBM Sp. z o.o. w miejsce odrzucenia. Podał w konkluzji, że interes skarżącego Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół CEZAS Spółka z o.o. z siedzibą w Białymstoku w złożeniu odwołania wynika z uzasadnionych podstaw do twierdzenia, że w przypadku odrzucenia oferty LBM Sp. z o.o., a uznania oferty CEZAS za nie podlegającą odrzuceniu, z uwagi na zaoferowaną przez CEZAS najniższą cenę oraz wśród ofert nie podlegających odrzuceniu oferta ta zostałaby przez Zamawiającego wybrana, jako najkorzystniejsza na podstawie kryteriów SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc, że przede wszystkim, jego zdaniem wnoszący odwołanie, nie wykazał spełnienia przesłanek materialno - prawnych z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, który wymaga od Odwołującego nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, co Odwołujący lakonicznie wskazał, ale również wykazania poniesionej szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, czego już nie wykazał. Odwołujący nie może ponieść szkody w wyniku podniesionych w odwołaniu naruszeń przepisów, gdyż jego oferta opiewała na kwotę 132.811,71 zł podczas, gdy Zamawiający na sesji otwarcia ofert podał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 121.473,41 zł (protokół z sesji). Tak więc Odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż odrzucenie oferty wybranej, jak i ponowne badanie ofert nie prowadziłyby do zawarcia z Odwołującym umowy, lecz do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Natomiast w zakresie wykazania przesłanek materialno - prawnych mieści się obowiązek zaprezentowania relacji pomiędzy podniesionymi zarzutami a zmianą

sytuacji polegającą na zniwelowaniu szkody. Ponadto do uwzględnienia odwołania, a w konsekwencji możliwości uzyskania zamówienia konieczne jest spełnienie obu tych przesłanek. To w przedmiotowym odwołaniu nie występuje, zatem odwołanie nie powinno być uwzględnione.

Odnosnie zarzutów podniesionych w odwołaniu w szczególności podkreślił, że jednym z ważniejszych elementów SIWZ była regulacja dotycząca sposobu porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wprowadzenie postanowień regulujących tę sferę postępowania jest obowiązkiem Zamawiającego, dlatego Zamawiający mając swobodę w określaniu sposobu komunikowania się z Wykonawcami w części X SIWZ pod nazwą „Sposób porozumiewania się Zamawiającego i Wykonawców w pkt 27 wskazał trzy formy: pisemną, elektroniczną i faksem. Swoboda ta ograniczona jest jedynie przepisami bezwzględnie obowiązującymi, jakim jest rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenia zamówienia. To rozporządzenie dotyczy dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zgodnie z treścią § 14 ust. 2-4 mogą być one składane wyłącznie w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez Wykonawcę, a poświadczenie następuje w formie pisemnej lub w formie elektronicznej. Dodatkowo Zamawiający w pkt. 21 SIWZ dopuścił możliwość zmiany i wycofania oferty warunkując to terminem składania ofert i otrzymaniem pisemnego zawiadomienia o wprowadzeniu zmian. Wobec powyższego otrzymane przez Wykonawcę LBM Sp. z o.o. w Bydgoszczy oświadczenie o udzieleniu gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia w wysokości 120 miesięcy podpisane przez dwóch członków Zarząd Spółki uprawnionych zgodnie z odpisem z Krajowego Rejestru Sądowego zostało przez Zamawiającego uznane za dokument oferty, jako jej załącznik. Zamawiający dokonał tego w oparciu o zapisy SIWZ z uwagi na założenie oświadczenia przed terminem składania ofert, który upływał dnia 14.10.2016 r. o godz. 12:00 jego właściwego opakowania, zaadresowania i otrzymania zawiadomienia. To oświadczenie Zamawiający otrzymał drogą elektroniczną i nie jest ono wbrew twierdzeniom Odwołującego informacją przekazaną w niepoświadczonej za zgodność kopii, tylko oryginalnym elektronicznym dokumentem. Do tego oświadczenia złożonego w dopuszczalnej przez Zamawiającego formie elektronicznej nie stosuje się wymogów określonych w powyżej wskazanym rozporządzeniu, gdyż ono dotyczy dokumentów, a nie treści oferty. Ponadto § 14 ust. 4 tego rozporządzenia dopuszcza formę elektroniczną poświadczoną za zgodność z oryginałem. To potwierdza dopuszczalność złożenia oryginału dokumentu w formie elektronicznej, czego żaden przepis ustawy Pzp nie ogranicza i nie wprowadza w odniesieniu do dokumentów składanych elektronicznie wymogu opatrzenia bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Wymóg ten był zawarty w zapisach ustawy

przed jej nowelizacją oraz w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, które utraciło moc na podstawie art. 20 ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy Pzp oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016.1020). Natomiast zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ, a jej zgodność jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie nie są inne tj, nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w SIWZ. Tak też postąpił Zamawiający oceniając złożone oferty, co potwierdza protokół Nr 7/2016 z sesji otwarcia ofert z dnia 14.10.2016 r., w którym uczestniczył przedstawiciel Wykonawcy z firmy ABIZ s.c. z siedzibą w Koninie. Dowód: 1: protokół z sesji otwarcia ofert z dnia 14.10.2016 r. Jego zdaniem, prawidłowo dokonał kwalifikacji złożonego oświadczenia do oferty uznając go za treść oferty, co oznacza, że zarzut Odwołującego uchybienia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia. Odwołujący nie kwestionuje złożonego oświadczenia, tylko brak jego skutecznego złożenia oraz naruszenie przez Zamawiającego zasady przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Tymczasem Odwołujący zarzucając naruszenie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp stanowiącego o obowiązkach informacyjnych Zamawiającego po wyborze oferty nie wskazał punktów, które naruszył Zamawiający (w ust.1 jest 7 punktów) oraz nie wskazał, w jaki sposób Zamawiający te obowiązki naruszył. Zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 20.10.2016 r. jednocześnie zawiadomił Wykonawców, którzy złożyli oferty: o wyborze najkorzystniejszej oferty; Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone; Wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania oraz terminie, po którego upływie umowa może być zawarta. Dowód: 2. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20.10.2016 r. Odnośnie pozostałych zarzutów Odwołującego to uzupełnienia oferty dopuszczone w pkt 21 SIWZ, jako zmiana oferty przez złożenie dokumentu – oświadczenia drogą elektroniczną było możliwe, gdyż Zamawiający wyraził na to zgodę. W tych okolicznościach naruszenie art. 82 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie miało miejsca. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, podał, że zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem winna zachodzić niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, polegająca na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji. Tutaj chodzi wyłącznie o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania-świadczania ofertowego, a więc wymagania odnoszące się do treści oferty, a nie jej formy, co miało miejsce w przypadku wyboru przez Zamawiającego oferty LBM Sp. z o.o. w Bydgoszczy, jako najkorzystniejszej z

uwzględnieniem dokonanej przed upływem terminu składania ofert, zmiany oferty. Reasumując wniósł o oddalenie zarzutów z powodu ich niezasadności.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie podnoszonego przez wykonawcę zarzutu naruszenia art. 91 ust.1 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający uznał, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania. Izba przede wszystkim nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, co do braku wykazania przez Odwołującego możliwości poniesienia szkody, albowiem w przypadku wyboru jego oferty zachodziłaby konieczna potrzeba unieważnienia tego postępowania w oparciu o przesłankę z art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem zamawiający unieważnienia postępowanie wówczas, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. W niniejszej sprawie Zamawiający nie wykazał, braku możliwości zwiększenia przeznaczanej kwoty na sfinansowanie zamówienia. Przede wszystkim nie przedstawił stosownego dokumentu pochodzącego od osoby (osób) uprawnionych do wyrażenia takiego stanowiska przed wniesieniem odwołania przez Odwołującego. Taki dokument nie został przedłożony także w postępowaniu dowodowym na rozprawie. Z kolei z przedłożonego wniosku o wszczęcie postępowania wynika, że łącznie zarezerwowano na zakup mebli [oczywiście z zamówieniami dodatkowymi] „kwotę netto 151.878 zł 87/100”. Z tego chociażby powodu argumentacja, co do braku wymaganej art. 179 ust.1 ustawy Pzp, legitymacji procesowej do wniesienia odwołania nie mogła być przez Izbę uwzględniona. Zdaniem Izby, w stanie faktycznym sprawy, Odwołujący wykazał, wymaganą legitymację procesową obejmującą łącznie dwie przesłanki, podając w odwołaniu, że „interes skarżącego Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół CEZAS Spółka z o.o. z siedzibą w Białymstoku w złożeniu odwołania wynika z uzasadnionych podstaw do twierdzenia, że w przypadku odrzucenia oferty LBM Sp. z o.o., a uznania oferty CEZAS za nie podlegającą odrzuceniu, z uwagi na zaoferowaną przez CEZAS najniższą cenę oraz wśród ofert nie podlegających odrzuceniu oferta ta zostałaby przez Zamawiającego wybrana, jako najkorzystniejsza na podstawie kryteriów SIWZ”.

Izba ponadto, z urzędu była zobowiązana ocenić, czy w niniejszej sprawie nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, w szczególności na podstawie art. 180 ust.2 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na wartość tego zamówienia, która to wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, na co zwracał w odwołaniu uwagę także wykonawca.

Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania, jednakże w tym stanie faktycznym, rozpoznaniu mógł podlegać tylko zarzut naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty wykonawcy LBM spółka z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę, że w odwołaniu podniesiono naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień Publicznych wobec dokonania wyboru oferty złożonej przez LBM Spółka z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy na podstawie kryteriów oceny określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sytuacji gdy (1) w ofercie tej brak jest skutecznego złożenia oświadczenia o objęciu gwarancją jakości na okres minimum 24 miesięcy na wykonany przedmiot zamówienia; (2) do oceny oferty przyjęto informację z kopii dokumentu nie poświadczonej za zgodność, kopii złożonej bez zachowania zasady poufności, według której wykonawca udziela gwarancji na okres 120 miesięcy;
2. art. 82 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp wobec bezpodstawnego uznania, że oferta LBM Sp. z o.o. w Bydgoszczy odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pomimo że wykonawca nie złożył skutecznego oświadczenia o okresie gwarancji udzielonej na wykonany przedmiot zamówienia w formie przewidzianej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności określonych w pkt 10 i 13 w zw. z pkt 2.3 i 15.4,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp wobec nie odrzucenia oferty LBM Spółka z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, pomimo że treść oferty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia określonych przez Zamawiającego według pkt 2.3 i 15.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do czego Zamawiający był zobowiązany, gdyż wykonawca nie złożył skutecznego oświadczenia o okresie gwarancji udzielonej na wykonany przedmiot zamówienia.

Powyższe ma wskazywać także, zdaniem Odwołującego, na naruszenie zasad przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przepis art. 180 ust.2 pkt 6 ustawy Pzp - wprowadzony ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020) - pozwala wyłącznie, zgodnie z dotychczasową linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, tylko na skuteczne kwestionowanie w odwołaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty *sensu stricte*, mianowicie dokonania wyboru takiej oferty wbrew ustalonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriom lub z naruszeniem tych kryteriów. W tym orzecznictwie wskazuje się w szczególności, że:

- analiza pojęcia „czynności wyboru oferty najkorzystniejszej” [użytego w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp] wskazuje, że ustawodawca wykluczył z jego zakresu wszelkie potencjalne zaniechania, które mogą być przez zamawiającego popełnione w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej (np. zaniechanie odrzucenia oferty, która następnie została uznana za najkorzystniejszą, bądź zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego oferta została za taką uznana);

- nie ma podstaw do domniemania, że „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” obejmuje również zaniechanie czynności, przykładowo odrzucenia oferty wykonawcy nawet wtedy, gdy, dotyczy to oferty uznanej za najkorzystniejszą;

- z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 Pzp wynikało, że zamawiający miał jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Natomiast z treści obecnie obowiązującego przepisu art. 92 ust. 1 Pzp wynika, iż zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem znacznie częściej możliwe będzie odrzucenie oferty czy wykluczenie wykonawcy, zanim dokonany zostanie wybór oferty najkorzystniejszej i tym samym nie można uznawać, że pod pojęciem „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się również „zaniechanie czynności odrzucenia” i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy zamawiający nie dokona jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

- w toku uzgodnień międzyresortowych nad nowelizacją, Ministerstwo Rozwoju, autor nowelizacji, zaznaczyło w toku prac legislacyjnych, że zmiana jest korzystna dla wykonawców, a enumeratywne wyliczenie nie otwiera zakresu środków ochrony prawnej tak szeroko, jak jego brak. *„Przed wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica”.*

W orzecznictwie podnosi się także, że odwołanie w tzw. postępowaniach poniżej progów ma charakter wyjątkowy (przysługuje bowiem w ściśle określonych przypadkach), a ewentualne kwestionowanie poprawności sposobu procedowania zamawiającego następuje w drodze informacji, o której mowa w przepisie art. 181 ust. 1 Pzp oraz, że każda z przesłanek

dopuszczalności odwołania musi być interpretowana ściśle, zgodnie z zakazem rozszerzającej wykładni wyjątków.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, oraz mając na uwadze podstawy prawne w oparciu, o które ten środek ochrony został wniesiony - art. 180 ust.2 pkt 6 ustawy Pzp - oraz biorąc pod uwagę treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 82 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp pozostawione będą bez rozpoznania przez Izbę, jako nie mieszczące się w pojęciu wyboru oferty najkorzystniejszej, o którym mowa w przepisie art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp.

W konsekwencji Izba orzekła wyłącznie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych wobec dokonania wyboru oferty, jako najkorzystniejszej złożonej przez LBM Spółka z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, która to oferta, zdaniem Odwołującego, z uwagi na brak oświadczenia o terminie gwarancji jakości, stanowiącym jedno z dwóch kryteriów wyboru, nie mogła być uznana za ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W powyższym zakresie Izba dopuściła i przeprowadziła dowody w szczególności z treści SIWZ oraz oferty wykonawcy LBM Spółka z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy. Zdaniem Izby należy zgodzić się z Odwołującym, że uzupełnienie treści oferty przez wykonawcę LBM nie było skuteczne. Oświadczenie o terminie udzielonej gwarancji, jako element oferty, którego brak jest niewątpliwym, mógł być uzupełniony przed upływem terminu do składania ofert tylko w taki sposób jak został określony dla oferty. W tym przypadku nie tyle powinien mieć zastosowanie punkt 21.1 części VIII, a punkt 14 części III i punkt 20 części VIII. Pierwszy dotyczy bowiem zmiany oferty. O zmianie moglibyśmy mówić tylko wtedy, gdyby jakaś wartość dotycząca terminu gwarancji została w formularzu ofertowym podana. Izba zwraca uwagę, że zastrzeżenie 24 – miesięcznej gwarancji – jako minimum – zaznaczono tylko w specyfikacji w jej punkcie 17.1. Taka informacja nie została umieszczona w formularzu ofertowym na którym składa podpis wykonawca. Tak jak wskazywał Odwołujący - PZS CEZAS warunkiem ważności oferty - zgodnie z wymogami specyfikacji - było jej złożenie w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność w zamkniętej kopercie. Z kolei zmiana oferty mogła być dokonana po uprzednim pisemnym zawiadomieniu Zamawiającego o dokonaniu zmiany w ofercie, z zastrzeżeniem formy przewidzianej dla oferty. Warunków tych wykonawca LBM Sp. z o.o. nie zachował, albowiem załącznik do wiadomości e-mail oznaczony w tytule, jako „oświadczenie” nie może być uznany za ofertę w rozumieniu pkt 13 SIWZ z powodu braku oryginalnego podpisu lub

poświadczenia za zgodność. Ponadto nie został zachowany warunek formalny złożenia tej części oferty w zamkniętej kopercie z adnotacją nie tyle o jej zmianie [marginalna sprawa], ale o jej uzupełnieniu. Z tego też względu nie było możliwe przyznanie 40 punktów ofercie wykonawcy LBM w kryterium gwarancja jakości. Na marginesie Izba zauważa, że okres gwarancji – tak jak podano powyżej - nawet, co do minimalnego okresu 24 -ech miesięcy w ogóle nie został wskazany w ofercie, co zdaniem Izby przeczy zgodności tej oferty z wymaganiami specyfikacji. Izba zwraca również uwagę, że wyrok SO w Kaliszu z 26 marca 2015 o sygn. IICA675/14, na który powoływał się na rozprawie Zamawiający, dotyczy, jak słusznie wskazywał Odwołujący, innego stanu faktycznego, a mianowicie odnosi się do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych dla potwierdzenia spełnienia warunków, a nie uzupełniania bądź zmiany treści oferty. W tym wyroku, co wymaga podkreślenia, Sąd także jednoznacznie wskazał, że ustawa Pzp przewiduje dla określonych czynności oraz dokumentów odrębne formy, a mianowicie odrębną dla oferty i jej załączników, odrębną dla oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału, oraz odrębną dla oświadczeń wniosków czy zawiadomień lub informacji.

Reasumując, Izba zgodziła się z twierdzeniem wnoszącego odwołanie, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, stosując do wszystkich ofert te same kryteria oceny, a ocena z ich zastosowaniem ma być oparta na informacjach [oświadczeniach], wynikających z treści oferty. W konsekwencji w niniejszym postępowaniu Zamawiający, dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy LBM naruszył art. 91 ust.1 ustawy Pzp, albowiem oceniał tę ofertę, w kryterium gwarancja jakości, przyznając jej 40 punktów na podstawie danych, [co do terminu gwarancji], nie wynikających z treści oferty. W konsekwencji naruszył zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasadę udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, o których to zasadach stanowi art. 7 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp. W tej sprawie bowiem uwzględnił informację istotną dla oceny w drugim kryterium [gwarancja jakości], która nie została podana w ofercie, a wynikała z dokumentu, który nie mógł być zakwalifikowany jako część tej oferty. Wobec takich ustaleń odwołanie – zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp – należało uwzględnić. W konsekwencji konieczne było nakazanie unieważnienia wyboru oferty wykonawcy LBM oraz nakazanie powtórzenia badania i oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. a) 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.2010.41.238).

Przewodniczący:

.....

.....