

Warszawa, dn. 31.07.2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-767 Warszawa

Zamawiający:
Samodzielny Publiczny Zakład
Opieki Zdrowotnej w Radziejowie
Ul. Szpitalna 3
88-200 Radziejów
e-mail: poczta@szpitalradziejow.pl

Odwołujący:

Etex Poland Sp. z o.o.
Ul. Przeclawska 8
03-878 Warszawa
Nr KRS: 0000046388

następca prawny
Promat
Techniczna Ochrona
Przeciwpozarowa Sp. o.o.,
Przeclawska 8,
03-879 Warszawa

Zastępowany przez
Adw. Joannę Marczewską
Kancelaria Adwokacka
Chrzanów Mały 20A
05-825 Grodzisk Mazowiecki
e-mail: joanna@marczewska.com.pl

Ogłoszenie o zamówieniu: 2023/BZP 00248410 z dnia 2023-06-06

Dot. postępowania pn: „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej na budowę budynku modułowego, dwukondygnacyjnego na potrzeby Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Radziejowie” Znak sprawy: TP-08/2023

ODWOŁANIE

W imieniu wykonawcy Etex Poland Sp. z o.o., na mocy załączonego pełnomocnictwa wnoszę niniejszym w trybie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” odwołanie dotyczące czynności i zaniechań Zamawiającego w ww. postępowaniu. Zamawiającemu zarzucam dokonanie nie prawidłowej oceny i badania ofert, a w konsekwencji niezasadne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez MW Technic Sp. z o.o., (dalej MW Technic). Zamawiającemu zarzucam zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MW Technic oraz Budeco Sp. z o.o. pomimo, że treść oferty jednego jak i drugiego wykonawcy była niezgodna z SWZ i z ustawą Pzp w zakresie terminu związania ofertą. Zamawiającemu zarzucam ponadto niezasadne dokonanie poprawy omyłek w ofertach ww. wykonawców.

Interes:

Odwołujący jako wykonawca znajdujący się na 3 miejscu w rankingu oceny ofert posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż zaniechania Zamawiającego skutkują niemożnością udzielenia zamówienia Odwołującemu, co spowoduje szkodę w postaci utraconych korzyści. Gdyby Zamawiający dokonał odrzucenia ofert ww. wykonawców oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Termin:

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej zostało przekazane Odwołującemu 25.07.2023 r.

Zarzuty:

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

1. Art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niezasadne dokonanie poprawy omyłki w zakresie terminu związania ofertą wykonawcy MW Technic i Budeco pomimo, iż wskazanie niezgodnego z wymogami SWZ terminu związania ofertą nie stanowiło innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.
2. Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 307 ust.1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców MW Technic i Budeco pomimo, że oferty wskazywały krótszy termin związania ofertą niż wynikający z treści SWZ i ogłoszenia o zmianie, co wskazuje na niezgodność tych ofert z dokumentami zamówienia oraz z ustawą Pzp.

Wnioski:

Wnoszę o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert w tym odrzucenia ofert MW Technic i Budeco oraz dokonanie kwalifikacji podmiotowej Odwołującego.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie na usługę opracowania dokumentacji projektowo-kosztorsowej.

Zgodnie z Roz. IX pkt. 1 SWZ

Termin związania ofertą - Wykonawca będzie związany ofertą 30 dni licząc od dnia upływu terminu składania ofert tj. do dnia 19.07.2023 r.

Termin związania ofertą był wielokrotnie zmieniany w związku z przesunięciem terminu składania ofert. Ostatecznej zmiany w tym przedmiocie Zamawiający dokonał pismem z dnia 26.06.2023 r., w którym powiadomił, że zmianie ulega termin składania ofert i zostaje on wyznaczony na dzień 29.06.2023 r. a co za tym idzie Zamawiający zmodyfikował termin związania ofertą i ustanowił go na dzień 28.07.2023 r. wskazując:

Wykonawca będzie związany ofertą 30 dni licząc od dnia upływu terminu składania ofert tj. do dnia 28.07.2023 r.

Powyższa zmiana znalazła również odzwierciedlenie w ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia opublikowanym dnia 26.06.2023 r. nr 2023/BZP 00275944/01, zgodnie z którym:

8.4. Termin związania ofertą

Przed zmianą: 2023-07-26

Po zmianie: 2023-07-28

Zamawiający również ustanowił wzór formularza oferty stanowiący załącznik nr 1 do SWZ, zgodnie z którym należało podać w ofercie

Pkt. 10 formularza:

Oświadczamy, że uważamy się za związani ofertą do dnia.....r.

Do upływu terminu składania ofert w postępowaniu ofertę złożyło 3 wykonawców, w tym Odwołujący oraz wykonawca MW Technic i Budeco. Obydwaj wykonawcy w złożonych ofertach w pkt 10 formularza oferty oświadczyli, że uważają się za związanych ofertą do dnia 26.07.2023 r. a nie jak przewidywała modyfikacja SWZ i ogłoszenia do dnia 28.07.2023 r.

Zamawiający dokonał pierwotnie wyboru oferty wykonawcy MW Technic w dniu 10.07.2023 r. jednak w dniu 13.07.2023 r. dokonał jego unieważnienia.

Zamawiający dostrzegł, że oferty w tym zakresie nie są zgodne z SWZ i pismami z dnia 13.07.2023 r. dokonał poprawy omyłek w ofertach wykonawców w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wpisanie w formularzach oferty zarówno MW Technic jak i Budeco:

Powinno być: Oświadczamy, że uważamy się związani ofertą do dnia 28.07.2023 r.

Wykonawca MW Technic wyraził w dniu 13.07.2023 r. zgodę na poprawę oferty.

Zamawiający dokonał również poprawy omyłki w ofercie Odwołującego, który składając ofertę dnia 31.07.2023 r. Zamawiający dokonał poprawy określając termin związania taki jak wymagany w SWZ tj. 28.07.2023 r.

W zaistniałym stanie faktycznym Odwołujący twierdzi, że nie było możliwe sanowanie w trybie poprawy omyłki oświadczenia wykonawców złożonego w kwestii terminu związania ofertą.

Pismem z dnia 25.07.2023 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o podstawach podjętej decyzji stwierdzając, że

w pełni zgadza się z faktem, że termin związania ofertą (błędnie wpisany w Formularzu ofertowym przez Wykonawcę) mógłby być błędem istotnym przy żądaniu przez Zamawiającego zabezpieczenia oferty wadium, a oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 226 ust.1 pkt.5 ustawy Pzp.

Zamawiający twierdził jednak, że w sytuacji gdy wadium nie żądał, termin związania ofertą nie ma wpływu na ocenę oferty więc błędne jego określenie nie ma charakteru istotnego a ponadto dokonał wyboru oferty w terminie związania.

W ocenie Odwołującego relatywizowanie kwestii istotności terminu związania ofertą jest błędne. Niezależnie bowiem od tego czy wadium zostało ustanowione czy nie termin związania ofertą jest ustawowo określony w art. 307 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji w SWZ. Umieszczenie wytycznych co do terminu związania ofertą w ustawie Pzp przesądza w ocenie Odwołującego o tym, że jest to istotna niezgodność z treścią SWZ.

Stosownie do art. 307 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.

Ustawa przewiduje więc jasną dyrektywę, co do tego jak długo wykonawca jest związany ofertą – do dnia określonego w dokumentach zamówienia. Ustawa nie dopuszcza w tym zakresie jakichkolwiek odstępstw i obliuguje w tym zakresie wykonawcę i Zamawiającego. Wskazany przepis ma więc w ocenie Odwołującego charakter bezwzględnie obowiązujący a jej adresatem jest tak Zamawiający jak i wykonawca. Zastosowanie tego przepisu nie może być wolą stron wyłączone czy ograniczone, jest to więc przepis o charakterze ius cogens. Ani Zamawiający nie może wyznaczyć terminu dłuższego niż 30 dni związania ofertą, ani wykonawca nie może oświadczyć, że termin związania będzie krótszy niż wyznaczony.

Przepis ten obowiązuje zarówno w sytuacji gdy Zamawiający żąda wadium jak i w sytuacji gdy takiego zabezpieczenia oferty nie przewidziano. Z tego powodu nie jest w ocenie

Odwołującego prawidłowe różnicowanie rangi terminu związania ofertą w zależności od żądania czy nie wadium.

Skoro bowiem ustawa reguluje tę kwestię i wprowadza obowiązek, by termin związania ofertą był określony w ten sam sposób w tych dwóch sytuacjach to oznacza, że jest to zawsze tak samo istotne. Nie można uznać, że ten sam element oferty wykonawcy raz jest a raz nie jest istotny.

Jak słusznie wskazuje się w doktrynie:

O ile w przypadku ofert składanych w oparciu o Kc termin związania ofertą jest zwykle określany przez oferenta, a dopiero w braku takiego oznaczenia termin ten określają właściwe przepisy (por. art. 66 § 2 Kc), o tyle w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego termin związania ofertą jest określany nie przez wykonawcę, ale przez zamawiającego, przy czym początek związania ofertą i maksymalna długość okresu związania ofertą są zakreślone przez przepisy Pzp. (...) Termin ten, określony w dokumentach zamówienia jako jeden z warunków zamówienia, jest jednakowy dla wszystkich wykonawców, którzy biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

(Komentarz pod redakcją Urzędu Zamówień Publicznych s. 693)

Z uwagi więc na obowiązującą zasadę równego traktowania wykonawców ważne jest, aby Zamawiający egzekwował ustanowione przez siebie wymogi, których źródłem jest sama ustawa. Wykonawca bowiem, jako profesjonalista powinien dołożyć należytej staranności, aby jego oferta była zgodna z warunkami zamówienia i zgodna z ustawą. Gdyby bowiem zdarzyło się tak, o co nie trudno w dynamicznie zmieniającej się sytuacji gospodarczej, że Zamawiający dokonał badania ofert po upływie pierwotnego, terminu związania, błędnie określonego w ofercie przez wykonawcę to czy należałoby uznać, że wówczas poprawa omyłki byłaby możliwa?

Przykładowo można rozważyć sytuację, w której termin składania ofert minął 1 lipca, wykonawca oświadczył, że czuje się związany ofertą do 15.07, zaś Zamawiający zidentyfikował ten błąd 16.07 i dokonał poprawy omyłki wpisując prawidłową datę, zgodną z SWZ. Wykonawca wówczas miałby możliwość zdecydować, czy na obecnym etapie wciąż jest opłacalne dla niego kontynuowanie ubiegania się o udzielenie zamówienia czy też nie. Być może wzrost kursów walut czy inne okoliczności zewnętrzne spowodowałyby, że taki wykonawca miałby możliwość poprzez nie wyrażenie zgody na taką omyłkę odstąpić od prowadzonej procedury praktycznie bez sankcji. W dużo gorszej sytuacji byłby wówczas wykonawca, który złożył ofertę z prawidłowym, zgodnym z SWZ terminem związania ofertą. Ten wykonawca bowiem nie miałby do upływu tego terminu możliwości rezygnacji z zamówienia.

Zachowanie Zamawiającego umożliwiające sanowanie błędu wykonawcy jest więc nie dopuszczalne z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców, jak również może prowadzić do manipulacji wynikiem postępowania.

O wykluczeniu możliwości poprawy tzw. innej omyłki przesądza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 3665/21, w którym Izba dostrzegła, iż termin związania ma istotne znaczenie:

Niezgodność ta nie może być również potraktowana jako inna omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie stanowi bowiem narzędzia do naprawiania błędnie złożonych ofert lecz ma na celu poprawienie takich omyłek, których może dokonać Zamawiający a znaczenie tych poprawek nie będzie istotne. Tak jak już wyżej wskazano niezgodność ta ma charakter istotny. Wobec czego nie ma możliwości jej poprawienia także na tej podstawie. Zamawiający może poprawić ale nie może zastępować wykonawcy. Trudno aby Zamawiający autorytarnie stwierdził jaki jest okres związania ofertą a tym samym jaki jest okres ważności wadium (złożonego w pieniądzu). To wykonawca (Odwołujący), składając ofertę, powinien był dołożyć należytej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie i prawidłowo sporządzić ofertę.

Wprawdzie w orzecznictwie spotyka się wyroki, gdzie Izba nakazała dokonać poprawy takiej omyłki jednak orzeczenia te były wydane w takim stanie faktycznym, gdzie to Zamawiający zamieścił w dokumentach zamówienia nie precyzyjne informacje co do tego kiedy upływa ten termin, a możliwość poprawy omyłki została uznana tylko i wyłącznie z tego powodu, aby nie obciążać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami zaniechania zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu zaś z takim stanem rzeczy nie mamy do czynienia. Zarówno z odpowiedzi na pytania jak i z ogłoszenia o zmianie z dnia 26.06.2023 r. wynikało jednoznacznie, że termin ten uległ zmianie i była to taka sama data – 28.07.2023 r.

Jednocześnie w formularzach oferty wykonawcy nie wpisali, że uznają się za związanych 30 dni tj. do 26.07.2023 r., co ewentualnie pozwalałoby rozważyć czy nie nastąpiła omyłka pisarska w wyznaczeniu samej daty tego terminu. Gdyby bowiem wykonawca wskazał okres 30 dni a błędnie podał datę możliwe byłoby właściwe odczytanie jego intencji na dzień składania oferty.

Wykonawcy w sposób kategoriyczny określili termin związania ofertą błędnie w stosunku do jednoznacznych wymagań Zamawiającego stąd powinni ponieść konsekwencje swojego działania.

Oferta, w tym części dotycząca określenia terminu związania ofertą stanowi bowiem oświadczenie woli wykonawcy, które Zamawiający a za nim Krajowa Izba i Sąd Zamówień Publicznych mogą poddać interpretacji, jednak zgodnie z art. 65 ust. 1 Kodeksu Cywilnego Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Tak samo jak zamawiający konstruując dokumenty zamówienia ponosi odpowiedzialność za zawarte w nich oświadczenia woli i wiedzy i konsekwencje niezgodnego ze swoimi intencjami nie wyrażonymi w dokumentacji zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia,

ukształtowania warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów oceny ofert, tak wykonawca ponosi odpowiedzialność za słowa, których używa we własnej ofercie.

Nie może więc Zamawiający podjętymi czynnościami zmieniać oświadczenia woli, które złożył wykonawca. Zachowanie Zamawiającego w niniejszym postępowaniu polegające na zastąpieniu wykonawcy w czynności złożenia oświadczenia o terminie związania jest absurdalne i wykracza poza możliwości interpretacyjne przewidziane w Kodeksie Cywilnym.

Odwołujący, choć nie oponował przeciwko poprawie omyłki również w jego ofercie, gdyż była ona irrelevantna z punktu widzenia statusu jego oferty w postępowaniu pragnie jednak wskazać, że na podstawie tej czynności Zamawiający udowodnił, że działał z przekroczeniem swoich uprawnień. Odwołujący bowiem zaoferował termin dłuższy niż ustawowy tj. oświadczył, że czuje się związany ofertą do dnia 31.07.2023 r. Zamawiający zaś w sposób nie uprawniony dokonał ingerencji w oświadczenie woli wykonawcy, które ten chciał złożyć w takim zakresie. Z jednej strony więc termin związania ofertą należało zgodnie ze wzorem załącznika nr 1 uzupełnić samodzielnie, zgodnie z SWZ, z drugiej jednak strony Zamawiający na etapie oceny ofert zmienia zasady i narzuca wykonawcom do kiedy mają być związani ofertą nie pozwalając w tym zakresie na złożenie oświadczenia samodzielnie. O ile w sytuacji Odwołującego skrócenie pierwotnego terminu pozostaje bez wpływu na zachowanie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji o tyle wydłużenie terminu niezgodnego z SWZ i z ustawą u innych wykonawców skutkuje naruszeniem tych zasad.

Opisana sytuacja faktyczna w ocenie Odwołującego wyczerpuje więc przesłanki dwóch norm prawnych, tj. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 307 ust.1 ustawy Pzp.

Stosownie bowiem do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść jest niezgodna z ustawą Pzp. Termin związania ofertą określony przez wykonawców MW Technic i Budeco był zbyt krótki w stosunku do wymagań SWZ. Sam Zamawiający przyznał w piśmie do Odwołującego z dnia 25.07.2023 r., że zachodziłaby konieczność odrzucenia oferty gdyby w postępowaniu ustanowione było wadium, a więc wydaje się oczywiste, że Zamawiający uznaje, iż termin związania ofertą jest treścią oferty. Wymagania SWZ były jednoznaczne i Zamawiający powinien ich przestrzegać na etapie oceny i badania ofert. Sankcją za zidentyfikowanie niezgodności istotnej, jak wykazano wyżej jest więc odrzucenie oferty bez możliwości sanowania.

Stosownie zaś do art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeśli jest nie zgodna z ustawą. Skoro więc przepis ustawy o charakterze ius cogens przewiduje ściśle określony termin związania ofertą, tj. 30 dni, a wykonawca oświadczył, iż jego oferta wiąże krócej to należy uznać, iż owa niezgodność z ustawą nastąpiła.

Z opisanych wyżej przyczyn wnoszę o uwzględnienie odwołania

Załączniki:

1. Pełen odpis informacji z KRS
2. Oświadczenie o połączeniu Etex Poland Sp. z o.o i Promat Techniczna Ochrona Przeciwpożarowa Sp. z o.o.
3. Pełnomocnictwo dla JM
4. Wpis
5. Opłata skarbową
6. Zawiadomienie o wyborze oferty
7. Przekazanie odwołania Zamawiającemu