

Szczerców, dnia 04.01.2022 r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający:

Gmina Szczerców
ul. Pułaskiego 8
97-420 Szczerców
tel.: 44 631 80 59
mail: inwestycje@szczercow.org
www.szczercow.pl

Odwołujący: RPM spółka akcyjna

KRS 0000097405
ul. Niegolewskich 7
42-700 Lubliniec
Tel. 34 353 16 83
mail: biuro@rpm.com.pl
reprezentowany przez
adw. Sebastiana Ziębę
Kancelaria Prawna Adwokat Grzegorz Mazurek
ul. Grójecka 194 lok. 188
02-390 Warszawa
Tel. 22 305 36 55
mail: biuro@kancelariamazurek.pl

Sygnatura sprawy:

KIO 3722/21
UZP/BO/WD/29833/38/22

Data rozprawy: 10.01.2022 r. godz. 9.30

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Gminę Szczerców na „Budowę kanalizacji sanitarnej w gminie Szczerców: Szczercowska Wieś – Dubie, ul. Tenusa i ul. Malinowa w Szczercowie, Brzezcie” w zakresie części nr 1 Budowa kanalizacji sanitarnej Szczercowska Wieś – Dubie (znak postępowania: RI.3.7013.20.2021)

Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie

W związku ze złożeniem w dniu 23.12.2021 r. przez RPM s.a. z siedzibą w Lublińcu odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę kanalizacji sanitarnej w gminie Szczerców: Szczercowska Wieś – Dubie, ul. Tenusa i ul. Malinowa w Szczercowie, Brzezcie” w zakresie części nr 1 Budowa kanalizacji sanitarnej Szczercowska Wieś – Dubie (znak postępowania: RI.3.7013.20.2021) , na podstawie art. 521 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: PZP) Gmina Szczerców **wnosi o oddalenie odwołania w całości.**

Uzasadnienie

Odwołujący zarzucił, iż czynności Zamawiającego, naruszają przepisy PZP, a w szczególności:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP — poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim Odwołujący zaoferował w ramach kryterium oceny oferty pn. „Gwarancja i rękojmia” okres 120 miesięcy gwarancji i rękojmi, zamiast okresu gwarancji i rękojmi w zakresie 24-72 miesiące, podczas gdy zaoferowany przez Odwołującego okres 120 miesięcy gwarancji i rękojmi zawiera w sobie okres gwarancji wymagany w SWZ (24-72 miesiące) a intencją Odwołującego było zaoferowanie Zamawiającemu okresu gwarancji i rękojmi zabezpieczającego w najwyższym stopniu interes Zamawiającego;
- 2) art. 223 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP — poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty w zakresie zaoferowanego okresu gwarancji i rękojmi, podczas gdy w przypadku gdy Zamawiający powziął wątpliwości, co do zgodności treści oferty z warunkami zamówienia winien był przed odrzuceniem oferty Odwołującego wezwać go do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty;
- 3) art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP — poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego niezgodności z warunkami zamówienia polegającej na zaoferowaniu okresu 120 miesięcy gwarancji i rękojmi, zamiast okresu gwarancji i rękojmi w zakresie 24-72 miesiące - jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty — poprzez zastąpienie 120-miesięcznego okresu gwarancji i rękojmi 72-miesięcznym okresem gwarancji i rękojmi, podczas gdy zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP Zamawiający w sytuacji, gdy stwierdził, że oferta Odwołującego zawiera przedmiotową niezgodność z warunkami zamówienia, zobowiązany był poprawić ją jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jako że poprawienie przedmiotowej omyłki w ofercie Odwołującego nie spowodowałoby istotnych zmian w treści jego oferty skoro od samego początku oferta ta obejmowała maksymalny przewidziany w SWZ okres gwarancji i rękojmi;

4) art. 255 pkt 3 PZP - poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na okoliczność, że cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy wartość oferty Odwołującego nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;

5) art. 239 ust. 1 PZP - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, podczas gdy jego oferta - w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert — jest najkorzystniejsza spośród wszystkich złożonych ofert, które nie podlegały odrzuceniu oraz jako że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający wskazuje, iż odwołanie jest w całości niezasadne. W trakcie przeprowadzenia procedury przez Zamawiającego nie naruszono żadnych przepisów, w tym w szczególności nie dokonano naruszenia, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Należy podkreślić, że treść oferty złożonej przez Odwołującego się jest niezgodna z treścią specyfikacji warunków zamówienia.

I.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim Odwołujący zaoferował w ramach kryterium oceny oferty pn. „Gwarancja i rękojmia” okres 120 miesięcy gwarancji i rękojmi, zamiast okresu gwarancji i rękojmi w zakresie 24 - 72 miesiące wskazać należy, iż jest on bezzasadny.

Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie SWZ, w której określa swoje potrzeby i wymagania. Dlatego też niezgodność oferty z treścią SWZ oznacza, że wykonawca nie spełnia wymogów zamawiającego, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

W myśl art. 7 pkt. 29 PZP przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, **kryteriów oceny ofert**, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ofercie Zamawiający określił, iż okres gwarancji i rękojmi jaki ma wskazać Wykonawca ma zawierać się w przedziale pomiędzy 24 miesiącami (minimalna), a 72 miesiącami (maksymalna). Oferta, w której wskazano okres krótszy niż 24 miesiące i dłuższy niż 72 miesiące nie jest zgodna z warunkami zamówienia.

Intencją Zamawiającego było ograniczenie długości okresu gwarancji i rękojmi do maksymalnie 72 miesięcy jako realnej gwarancji i rękojmi. Wbrew twierdzeniom Odwołującego wskazanie okresu gwarancji i rękojmi powyżej 72 miesięcy nie zobowiązywało Zamawiającego do uznania oferty za prawidłową i zastosowanie wskazanej

120 miesięcznej gwarancji i rękojmi przy ocenie ofert z wykorzystanie wzoru wskazanego w SWZ.

Nie znajduje uzasadnienia przywoływanie przez Odwołującego treści SWZ innych Zamawiających i wywodzenia z ich treści określonych wniosków. Każdy Zamawiający ma prawo do ustalania warunków zamówienia i kryteriów oceny ofert w sposób samodzielny i autonomiczny. Sposób postępowania jednego Zamawiającego nie wiąże i nie ma wpływu na innych Zamawiających.

W postępowaniu objętym przedmiotowym odwołanie do decyzji wykonawcy Zamawiający pozostawił wskazanie konkretnego okresu gwarancji rękojmi, które to wskazanie bez wątpienia jest elementem oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie. Odwołujący się długość okresu gwarancji określił na 120 miesięcy.

Z kolei kryteria oceny ofert zamawiający opisał w Rozdziale 21 SWZ przewidując, że ocena dokonywana będzie w oparciu o dwa następujące kryteria: 1) cena o wadze 60 %; długość okresu gwarancji i rękojmi o wadze 40 %.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego w ramach dokumentów zamówienia warunek dotyczący okresu gwarancji i rękojmi nie został opisany w różny sposób. Zakres długości okresu gwarancji i rękojmi został wyczerpująco określony w ofercie (w zakresie 24-72 miesiące) i nie stoi w sprzeczności z treścią SWZ.

Jak wynika z treści SWZ zobowiązanie z tytułu gwarancji i rękojmi stanowi istotny element oferty jak również umowy określającej wzajemne prawa i obowiązki stron.

Określenie przez Odwołującego okresu gwarancji i rękojmi w sposób zgodny z SWZ i formularzem oferty było jego obowiązkiem. Oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia, natomiast deklarowany okres gwarancji i rękojmi stanowił istotny element tego oświadczenia woli. Zadeklarowany okres gwarancji i rękojmi powinien być jasno wskazany przez wykonawcę, uzewnętrzniając w ten sposób jego wolę zaoferowania gwarancji i rękojmi o wybranej przez niego długości w ramach zakreślonych przez Zamawiającego.

Interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Jednym z kryteriów oceny ofert a więc jednym z warunków zamówienia była długość okresu gwarancji. Zatem długość okresu gwarancji wskazana przez Odwołującego niezgodna z warunkami gwarancji skutkowałą złożeniem oferty niezgodnej z warunkami zamówienia. A co za tym idzie oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.

Wobec faktu odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia niezasadne jest twierdzenie o naruszeniu przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

II.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP — poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego niezgodności z warunkami zamówienia polegającej na zaoferowaniu okresu 120 miesięcy gwarancji i rękojmi, zamiast okresu gwarancji i rękojmi w zakresie 24-72 miesiące - jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty — poprzez zastąpienie 120-miesięcznego okresu gwarancji i rękojmi 72- miesięcznym okresem gwarancji i rękojmi, wskazać należy, iż jest on w całości bezzasadny.

Wskazać należy, iż poprawieniu podlegają omyłki polegające na niezgodności oferty z treścią dokumentów zamówienia. Omyłki nieskutkujące taką niezgodnością nie mogą być poprawiane.

Jak wskazuje się w doktrynie inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów. **W żadnym wypadku za inną omyłkę nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy.**

Wskazać należy, iż Zamawiający dokonał wnikliwego badania treści oferty złożonej przez Odwołującego i uznał, iż brak jest podstaw do wzywania do wyjaśnień i w konsekwencji ewentualnych wyjaśnień poprawiania długości okresu gwarancji i rękojmi. Zdaniem Zamawiającego treść oferty w zakresie długości okresu gwarancji i rękojmi była jasna, jednoznaczna i nie było przesłanek do jej wyjaśniania.

Zgodnie z stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej ustawodawca dopuszczając możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, określił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty (sygn. akt: KIO/UZP 93/10 z dnia 9 marca 2010 r.).

Zmiana wskazanego przez Odwołującego okresu gwarancji i rękojmi – zdaniem Zamawiającego-prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty.

Wskazać należy, iż stanowisko Zamawiającego w zakresie braku podstaw do wzywania do wyjaśnień w zakresie długości okresu gwarancji i rękojmi potwierdza treść odwołania, gdzie Odwołujący jednoznacznie wskazał, iż intencją Odwołującego było zaoferowanie Zamawiającemu okresu gwarancji i rękojmi zabezpieczającego w najwyższym stopniu interes Zamawiającego.

Co za tym idzie **Odwołujący nie pomylił się wpisując 120 miesięczny okres gwarancji i rękojmi, a zrobił to celowo i w pełni świadomie.**

W okresie trwania składania ofert Odwołujący, jeśli posiadał wątpliwości lub też niejasność co do podlegającego kryterium oceny ofert okresu gwarancji i rękojmi mógł skorzystać z przysługującego mu zgodnie z art. 135 ust. 1 PZP prawa do zwrócenia się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

W dalszej kolejności wskazać należy, iż drugim warunkiem poprawienia omyłki jako innej jest nieistotność zmian treści oferty, jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego się nie można zasadnie twierdzić, iż długość okresu gwarancji i rękojmi jako jedno z kryteriów oceny oferty nie zmienia w istotny sposób oświadczenia zawartego w ofercie.

Zdaniem Zamawiającego brak jest możliwości zmiany długości zaproponowanego przez Odwołującego okresu gwarancji. Stanowiłoby to bowiem niedopuszczalną ingerencję w treść oferty wykonawcy, mającą na celu zmianę jej treści w elementach pierwotnie świadomie przez Odwołującego się inaczej wskazanych w ofercie.

Zamawiający, chcąc dokonać poprawienia tej treści oferty, zmuszony byłby do określenia samodzielnie danych co do długości okresu gwarancji. Prowadziłoby to do niedopuszczalnych w świetle przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych negocjacji z wykonawcą prowadzonych w toku czynności badania i oceny ofert i *de facto* do złożenia przez wykonawcę nowego oświadczenia woli w tym zakresie. Taki sposób działania – zdaniem Zamawiającego -nie jest uprawniony.

W uzupełnieniu powyższego warto przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2013 r., KIO 354/13, w którym Izba stwierdziła, że: "Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie..." (obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP). Poprawienie przez Zamawiającego długości okresu gwarancji i rękojmi prowadziłoby do zmiany i zniekształcenia woli Wykonawcy, który zaproponował 120 miesięczny okres gwarancji.

Długość okresu gwarancji dotyczy kryterium oceny ofert, które co do zasady, nie może być uzgodnione z wykonawcą po otwarciu ofert.

Zważyć należy, iż kryteria oceny ofert stanowią podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z uwagi na powyższe, oświadczenie wykonawcy w zakresie elementów objętych jednym z kryteriów oceny ofert ma istotne znaczenie, bowiem ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej.

Co za tym idzie zdaniem Zamawiającego brak było przesłanek do zastosowania art. naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.

Wobec czego brak było również podstaw do zastosowania art. 223 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP i wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty w zakresie zaoferowanego okresu gwarancji i rękojmi.

III.

W konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający na podstawie art. 255 pkt 3 PZP unieważnił postępowania gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zatem działanie Zamawiającego - w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego – polegające na unieważnieniu postępowania nie naruszyło art. 255 pkt 3 PZP w sytuacji gdy wartość oferty niepodlegającej odrzuceniu przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

IV.

Reasumując powyższe Zamawiający wskazuje, iż brak jest podstaw faktycznych i prawnych do unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w razie ustalenia, że zaoferowanie przez Odwołującego w ramach kryterium oceny oferty pn. „Gwarancja i rękojnia” okresu 120 miesięcy gwarancji i rękojmi, zamiast okresu gwarancji i rękojmi w zakresie 24-72 miesiące stanowi niezgodność treści oferty Odwołującego z SWZ wezwania Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 PZP do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty oraz dokonania w ofercie Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 PZP poprawienia niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia - jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty — poprzez zastąpienie 120-miesięcznego okresu gwarancji i rękojmi 72-miesięcznym okresem gwarancji i rękojmi i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W tym stanie rzeczy wnoszę o oddalenie odwołania w całości.