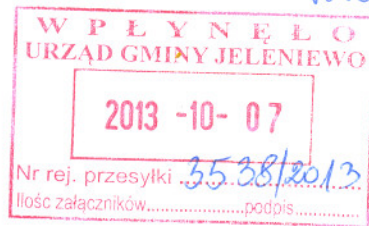


PFE. 07.10.2013r.
Własny



Suwałki, 06.10.2013r.

Urząd Gminy Jeleniewo
ul. Słoneczna 3
16-404 Jeleniewo

Firma Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne Mariusz Truchan w załączeniu przekłada kopię odwołanie do KIO dotyczące: Przetargu nieograniczonego na „ Gmina Jeleniewo inwestująca w energię odnawialną – zakup i instalacja kolektorów słonecznych” numer sprawy: PFE.271.6.2013



Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne
Mariusz Truchan
tel. 602 462 109
ul. Łośna 5, 16-400 Suwałki
NIP 844-155-02-93, REGON 790849545

WŁAŚCICIEL

Mariusz Truchan

Warszawa, dnia 4 października 2013 r.

Pan Paweł Trojan

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17 A

02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Jeleniewo

Urząd Gminy Jeleniewo

ul. Słoneczna 3

16-404 Jeleniewo

Pow. suwalski, woj. Podlaskie

ug_jeleniewo@pro.onet.pl lub

inwestycje@jeleniewo.i-gmina.pl

Tel. (87) 568 30 22

Fax.: (87) 568 30 22 wew. 23, (87) 517 39 34

Odwolujący:

Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne

Mariusz Truchan

ul. Leśna 5

16-400 Suwałki

Tel. 602 462 109

e-mail: pps.truchan@wp.pl

reprezentowane przez:

Mariusza Truchana

Dot.:

**Przetargu nieograniczony na „Gmina Jeleniewo inwestująca w energię odnawialną- zakup i instalacja kolektorów słonecznych”
numer sprawy: PFE.271.6.2013**

ODWOŁANIE

Szanowny Panie Prezesie,

Na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej: „*ustawą*” lub „*pzp*”, Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne Mariusz Truchan (dalej: „*Odwołujący*” lub „*PPS*”) wnosi Odwołanie na czynności Zamawiającego (Gmina Jeleniewo Urząd Gminy Jeleniewo) opisane w jego treści, polegające w szczególności na odrzuceniu oferty PPS, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Gmina Jeleniewo inwestująca w energię odnawialną- zakup i instalacja kolektorów słonecznych”

Zarzuty:

Zarzucamy Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 92 ust. 1 pkt. 2 pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ podczas gdy oferta ta spełniała wymogi Zamawiającego a Zamawiający winien zastosować tryb o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp.
3. art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt. 3 pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz niepoprawienie w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.
4. art. 7 ust 1 w zw. z ust 3 pzp – poprzez naruszenie pozostałych przepisów i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
5. art. 91 ust. 1 pzp- poprzez dokonanie wyboru oferty Solver sp. z o.o. jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów prawa.

Wniosek co do rozstrzygnięcia:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- uwzględnienia odwołania,
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania
- nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Interes:

W wyniku naruszenia ww. przepisów interes Odwołującego doznał uszczerbku, bowiem prowadzenie postępowania z ich wadliwym zastosowaniem miało wpływ na wynik tego postępowania. Odwołujący może doznać szkody w postaci utraty korzyści, jakie niesie za sobą uzyskanie i zrealizowanie przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia Odwołania oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą i Odwołujący odniósłby korzyść w wyniku realizacji zamówienia.

Powyższe niezbicie dowodzi naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie.

Termin i ogłoszenie:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.U./S S137 17/07/2013 237755-2013-PL w dniu 17 lipca 2013 roku (data wysłania do publikacji 15 lipca 2013 roku). Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia środka ochrony prawnej w dniu 26 września 2013 r., kiedy to została nadana, pisemnie, drogą pocztową, informacja od Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Tym samym wobec wniesienia niniejszego odwołania w dniu 7 października 2013 r. Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy, co do 15 dniowego terminu, w jakim przysługiwało mu takie prawo.

Stan faktyczny:

Zamawiający ogłosił postępowanie na dostawę, montaż oraz uruchomienie indywidualnych zestawów próżniowych kolektorów słonecznych na potrzeby budynków mieszkalnych i użytkowników budynków użyteczności publicznych Gminy Jeleniewo dotyczących zadania pod nazwą: „*Gmina Jeleniewo inwestująca w energię odnawialną – zakup i instalacja kolektorów słonecznych*”. Zamówienie obejmowało 100 kompletów kolektorów słonecznych w budynkach mieszkalnych na terenie gminy Jeleniewo oraz 2 kompletów w budynkach użyteczności publicznej w Jeleniewie.

W dniu 13 sierpnia 2013 roku, zamawiający dokonał zmiany w SIWZ w następującym zakresie:

Pkt. 4 SIWZ Termin wykonania zamówienia oraz okres gwarancji i rękojmi w następującym zakresie:

„W SIWZ jest:

4.1. Zamówienie będzie realizowane przez okres 5 miesięcy od dnia podpisania umowy (...)

4.3.2. Gwarancja minimalna na poszczególne elementy instalacji solarnej powinna być:

- 10 lat na kolektor słoneczny*
- 5 lat na zasobnik solarny, oraz na solarna grupę pompowo-sterowniczą. (...)*”

„W SIWZ powinno być:

4.1. Zamówienie będzie realizowane do dnia 15.05.2014 r. od dnia podpisania umowy (...)

4.3.2. Gwarancja minimalna na poszczególne elementy instalacji solarnej powinna być:

- 10 lat na kolektor słoneczny*
- 5 lat na pozostałe elementy zestawu solarnego (w tym m.in. zasobnik solarny, solarna grupa pompowo-sterownicza, naczynia przeponowe itp.)*”

W zakresie warunków udziału w postępowaniu tj. pkt. 5.2 i 6.2.2. SIWZ zmianie uległy zapisy dotyczące rodzaju wykonanych robót instalacyjnych tj.

„W SIWZ jest:

(...)Wykonawca ma wykazać co najmniej dwa zamówienia polegające na wykonaniu robót instalacyjnych w zakresie instalacji centralnego ogrzewania, ciepłej wody użytkowej, pomp ciepła, kolektorów słonecznych o wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 300.000,00 zł brutto każde, w tym zestaw/zestawy solarny/solarne o wartości min. 50 000,00 zł brutto (...).

W SIWZ powinno być:

(...)Wykonawca ma wykazać że wykonał co najmniej dwa zamówienia polegające na wykonaniu robót instalacyjnych w zakresie instalacji sanitarnych o wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 300.000,00 zł brutto każda, w tym zestaw/zestawy solarny/solarne o wartości min. 50 000,00 zł brutto – wykonanie instalacji solarnych należy udokumentować w dwóch zadaniach na kwotę min. 50 000,00 zł brutto (...)”.

Zmianie uległ też formularz ofertowy w powyższym zakresie.

W dniu 14 sierpnia 2013 roku zamawiający dokonał ponownych zmian w SIWZ tym razem w zakresie punktu 6 Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, poprzez dodanie po punkcie 6.3.6. punktu 6.3.7 w brzmieniu:

„6.3.7. Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”.

W dniu 26 września 2013 roku zamawiający poinformował Odwołującego o dokonanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty PPS. Zamawiający wskazał jedynie, że odrzucił ofertę Odwołującego, z uwagi iż złożył on ofertę na formularzu ofertowym zawierającym nieobowiązującą treść, w związku z czym treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uzasadnienie

Uzasadniając powyżej podniesione zarzuty Odwołujący wskazuje, co następuje.

Ad. zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2 pzp.

Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej winien niezwłocznie zawiadomić o tym fakcie wykonawców, z jednoczesnym wskazaniem których wykonawców wykluczył oraz których oferty zostały odrzucone wraz z podaniem faktycznego i prawnego uzasadnienia swojej decyzji. Podanie uzasadnienia jest zatem obligatoryjną i bardzo istotną z punktu widzenia wykonawców częścią przekazywanej informacji. Potwierdza to ugruntowane w tym względzie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in. wyrok z dnia 18 stycznia 2012 r., KIO 30/12, w myśl którego:

„Brak poinformowania o przyczynach faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych i może stanowić istotne naruszenie uprawnień wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej, co może mieć znaczący wpływ na wynik postępowania”.

oraz wyrok KIO z dnia 24 maja 2012 r. KIO 973/12, zgodnie z którym:

„Zamawiający na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych winien podać podstawy faktyczne wykluczenia z postępowania, wskazać przesłanki, którymi się kierował. Zamawiający ma obowiązek podać jasno podstawy prawne i faktyczne decyzji o wykluczeniu/odrzuconiu, między innymi po to, aby umożliwić wykonawcy rzeczową polemikę z czynnością zamawiającego w drodze środków ochrony prawnej”.

Tym samym Zamawiający dokonując odrzucenia oferty danego wykonawcy winien podać zarówno okoliczności faktyczne np. konkretne fragmenty oferty, niezgodne z SIWZ wraz z uzasadnieniem prawnym podjętej przez siebie czynności. Samo wskazanie przez Zamawiającego podstawy prawnej z lakonicznym stwierdzeniem, że oferta nie odpowiadała SIWZ, nie stanowi wystarczającego w świetle art. 92 ust. 1 pkt. 2 uzasadniania. Warto w tym zakresie zwrócić również uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2012 r. KIO 968/12, w myśl którego:

„Nie ma znaczenia, że uzasadnienie informacji o odrzuceniu oferty było jasne i czytelne dla zamawiającego, gdyż nie wystarczy, że pozostanie ono w sferze „oczywistej” wiedzy zamawiającego, ma być ono przede wszystkim zrozumiałe dla wykonawcy”.

A zatem mając na uwadze powyższe, wskazać należy, iż Zamawiający posługując się w piśmie z dnia 26 września 2013 roku tj. zawiadomieniu o wyniku postępowania, jedynie ogólnymi twierdzeniami tj. „wykonawcy składający ofertę nr 2 i nr 7 złożyli oferty na formularzu ofertowym zawierającym nieobowiązującą treść, w związku z czym treść ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia” nie spełnia wymagań, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt. 2 pzp.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp

Podstawą odrzucenia oferty jest niezgodność jej treści z SIWZ, przy czym niezgodność ta musi być merytoryczna i istotna tzn. wynikać z zaoferowania przedmiotu który nie odpowiada wymogom zamawiającego. Omawiany przepis w żadnym wypadku nie zezwala na odrzucenie oferty z uwagi na jej uchybienia formalne. Z niezgodnością treści oferty z SIWZ, nie będziemy mieć do czynienia np. w przypadku braku wskazania liczby stron w formularzu oferty. Brak takiej informacji ma charakter wyłącznie formalny i pozostaje bez wpływu na merytoryczną treść oferty. Zgodnie bowiem z utrwaloną linią orzecniczą, za sprzeczne z ustawą należy uznać odrzucenie oferty z powodu niespełnienia ustalonych przez zamawiającego wymogów dotyczących jej formy. Potwierdził to w szczególności Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 15 lipca 2004 r., UZP/ZO/0-1058/04, LEX nr 190262, stwierdzając, że

"skoro zamawiający zarzucił ofercie odwołującego tylko uchybienia formalne, należy uznać, iż jej treść zgodna jest z SIWZ. Zatem w zaistniałym stanie faktycznym, w ocenie Zespołu Arbitrów, zamawiający niesłusznie normę prawną zawartą w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych interpretuje rozszerzając ją na uchybienia formalne".

Za niezgodne z SIWZ nie może być też uznane prezentowanie treści w ofercie, w sposób inny, niż oczekiwany przez zamawiającego, np. poprzez zastosowanie opisu zamiast grafiki,

jak żądał zamawiający (lub odwrotnie), odmienną od żądanej kolejność informacji itp. Zaznacza się, iż są to również wyłącznie różnice w formie oferty w stosunku do oczekiwań zamawiającego.

Tym samym, złożenie niepoprawnego formularza nie przesądza jeszcze o obowiązku odrzuceniu oferty takiego wykonawcy. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 29 listopada 2011 roku, KIO 2440/11, LEX nr 1102614

„Nieprawidłowości dotyczące wypełnienia formularza ofertowego muszą być analizowane przez pryzmat zgodności treści oferty z treścią SIWZ”.

Odnosząc powyższe do zaistniałego w niniejszej sprawie stanu faktycznego, wskazać należy, iż samo złożenie oferty przez PPS na nieobowiązującym formularzu ofertowym stanowi jej niezgodność co do formy, a nie treści, co nie przesądza o tym, że oferta ta jest wadliwa merytorycznie i jako taka winna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący złożył bowiem ofertę na poprzednio obowiązującym wzorze ofertowym (wzór ten uległ zmianie w dniu 13 i 14 sierpnia 2013 roku poprzez zmianę SIWZ dokonaną przez Zamawiającego). Odwołujący błędnie powielił zatem wynikający z pierwotnego wzoru termin realizacji zamówienia, którym zgodnie z pkt. 4 formularza ofertowego był „*okres 5 miesięcy od dnia podpisania umowy*” zamiast wskazania **że „zamówienie będzie realizowane do dnia 15 maja 2014 r. od dnia podpisania umowy”**. W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, iż niezgodność ta winna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp, o czym mowa szerzej w dalszej części niniejszego pisma. Z drugiej zaś termin podany przez PPS jest terminem znacznie krótszym, a zatem korzystniejszym dla Zamawiającego i jednocześnie znacznie bardziej obciążającym wykonawcę z uwagi na obowiązek wywiązania się z umowy w ciągu 5 miesięcy od dnia jej podpisania a nie do maja 2014 roku. To z kolei oznacza iż wskazany przez Odwołującego termin wynika jedynie z niezamierzonego przeoczenia lub niedociągnięcia tj. oczywiście omyłki nie powodującej istotnej zmiany treści oferty. Błędne oznaczenie terminu nie powoduje żadnego zagrożenia po stronie Zamawiającego. Zamówienie zostałoby po prostu zrealizowane znacznie szybciej, co nie powinno wpływać na jego istotę, zwłaszcza, że termin 15 maja 2014 roku jest terminem granicznym do którego musi być wykonany przedmiot umowy (co nie stoi na przeszkodzie aby został on zrealizowany wcześniej tj. w ciągu 5 miesięcy od dnia podpisania umowy). A zatem wskazanie terminu krótszego niż wymagał Zamawiający w żadnym wypadku nie może

stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy a jedynie do jej wyjaśnienia względnie poprawienia w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp.

Znamiennym w tym zakresie może być też wyrok KIO z dnia 24 marca 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 221/10, zgodnie z którym:

„Fakt, iż Odwołujący zaoferował termin realizacji zamówienia krótszy niż wymagany przez Zamawiającego świadczy jedynie o wystąpieniu błędu. Interpretacja taka możliwa jest do wysnucia w oparciu o wyżej cytowane postanowienia umowy, które luźno traktują czasookres realizacji umowy dopuszczając możliwość, iż faktyczna realizacja może trwać (opcjonalnie) do np. 15 listopada 2011 roku, a w trakcie jej realizacji możliwe są przerwy i zawieszenia”.

Podobnie też zamawiający w pierwotnej wersji SIWZ wymagał, aby wykonawca udzielił 60-cio miesięcznego okresu gwarancji jakości i rękojmi na wykonany przedmiot umowy. Wskazał w tym zakresie na minimalne wymogi gwarancyjne w tym: 10 lat na kolektor słoneczny oraz 5 lat na zasobnik solarny, oraz solarną grupę pompowo-sterowniczą. W dniu 13 sierpnia 2013 roku dokonał zmiany SIWZ w zakresie minimalnych wymogów gwarancyjnych wskazując zamiast „5 lat na zasobnik solarny, oraz solarną grupę pompowo-sterowniczą” wymóg: „5 lat na pozostałe elementy zestawu solarne (w tym m.in. zasobnik solarny, solarna grupa pompowo-sterownicza, naczynia przeponowe itp.)”. Zmianie nie uległ natomiast ogólny termin gwarancji, który dla całego wykonanego przedmiotu umowy wynosił 60 miesięcy (5 lat.)

PPS, w pkt. 5 formularza ofertowego oświadczył, iż na wykonany przedmiot zamówienia udziela gwarancji na okres 60 miesięcy oraz 10 lat na kolektor słoneczny i 5 lat na zasobnik solarny, oraz na solarną grupę pompowo-sterowniczą. Również i w tym przypadku nie sposób uznać że tak zaoferowany przez Odwołującego termin gwarancji nie spełnia wymagań Zamawiającego. Po pierwsze, wymagał on aby całłościowy okres gwarancji wynosił 60 miesięcy i taki termin został zachowany przez PPS. W odniesieniu natomiast do wymagań minimalnych gwarancji, Odwołujący zaoferował zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego 10-cio letni okres gwarancji na kolektor słoneczny i 5-cio letni okres gwarancji na zasobnik solarny i solarną grupę pompowo-sterowniczą. Odwołujący nie wskazał przy tym wprost że 5-cio letni okres gwarancji odnosi się również do pozostałych elementów zestawu w tym

naczynia przeponowego, co w świetle pozostałych zapisów oferty jest bez znaczenia, z uwagi iż na cały przedmiot umowy udzielona została 5-cio letnia gwarancja. Oznacza to, że pozostałe elementy instalacji takie jak naczynie przeponowe, które również składa się na przedmiot zamówienia, objęte jest także 5-cio letnią gwarancją nawet w sytuacji nie wskazania tego wprost przy gwarancji minimalnej na poszczególne elementy instalacji solarnej. Wydaje się, iż zmiana formularza w tym zakresie miała jedynie charakter formalny tj. „kosmetyczny”, uwidaczniający że okres gwarancji na kolektor słoneczny wynosi 10 lat a na każdy inny element (w tym przykładowo wyliczone przez Zamawiającego) 5 lat, co i tak jest oczywiste w świetle ogólnego 60-cio miesięcznego terminu gwarancji na przedmiot zamówienia jako całości.

O tym zaś, że ofertę wykonawcy należy traktować jako całość, a jej zgodność z SIWZ oceniać na podstawie całościowego brzmienia - a nie poszczególnych oświadczeń, podkreślała również KIO w wyroku z dnia 17 kwietnia 2013 roku, KIO 719/13, LEX nr 1313621, zgodnie z którym:

„Ofertę należy traktować jako całość, zespół zawartych w złożonych dokumentach oświadczeń i informacji o oferowanym przedmiocie. Podstawę oceny w przedmiocie zgodności oferty z SIWZ powinno stanowić nie tylko jednostkowe, ujęte w formularzu oświadczenie wykonawcy dotyczące niewłaściwie oznaczonego urządzenia, ale całokształt dokumentów, jakie się na ofertę składają, a które opisują oferowany przedmiot”.

Zamawiający dokonał również zmiany warunków udziału w postępowaniu, w zakresie doświadczenia wykonawców, wskazując na obowiązek wykazania „**co najmniej dwa zamówienia polegające na wykonaniu robót instalacyjnych w zakresie instalacji sanitarnych o wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 300.000,00 zł brutto każda, w tym zestaw/zestawy solarny/solarne o wartości min. 50 000,00 zł brutto...**”;

zamiast pierwotnego wymogu realizacji „**co najmniej dwa zamówienia polegające na wykonaniu robót instalacyjnych w zakresie instalacji centralnego ogrzewania, ciepłej wody użytkowej, pomp ciepła, kolektorów słonecznych o wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 300.000,00 zł brutto każde, w tym zestaw/zestawy solarny/solarne o wartości min. 50 000,00 zł brutto...**”.

Zgodnie zaś ze zmianą SIWZ z dnia 14 sierpnia 2013 roku, Zamawiający zażądał dodatkowego złożenia dokumentu w postaci aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 10 i 11 ustawy pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Powyższe zmiany dotyczyły zatem warunków udziału w postępowaniu i nie mogły stanowić ewentualnej podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Na marginesie podnosimy, iż nawet jeśli Zamawiający powziąłby wątpliwości co do poprawności lub kompletności złożonych dokumentów lub oświadczeń winien, zastosować tryb z art. 26 ust. 3 i 4 pzp, a więc wezwać wykonawców do złożenia takich dokumentów lub oświadczeń lub do złożenia wyjaśnień w ich zakresie. Dopiero w sytuacji niewykazania spełniania warunków udziału przez wykonawcę pomimo takiego wezwania, Zamawiający mógłby wykluczyć danego wykonawcę z postępowania.

Podsumowując, pragniemy jeszcze raz podkreślić, iż oferta Odwołującego nie zawierała żadnych istotnych i merytorycznych niezgodności z SIWZ, co oznacza, iż nie podlegała ona odrzuceniu a jedynie wyjaśnieniu względnie poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp. Tym samym Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty PPS i wyboru oferty Solver sp. z o.o. jako najkorzystniejszej rażąco naruszył przepisy ustawy pzp, co winno skutkować unieważnieniem tej czynności i dokonaniem ponownego badania i oceny ofert w tym razem z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ad. zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp

Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie (pkt. 1), oczywiste omyłki rachunkowe (pkt. 2) oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (pkt. 3). Oczywistą omyłką jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski albo rachunkowy lub inna podobna usterka w tekście.

Niezgodność oferty z SIWZ przy literalnej wykładni przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp, oznacza niezgodność zarówno co do treści, jak i co do formy. Jednocześnie zgodnie z warunkiem drugim niezgodność co do formy nie wywołuje żadnych, a nie tylko istotnych zmian w treści oferty. Poprawieniu ulegają wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych

zmian w treści oferty. Ustawodawca przyjął więc *a priori*, że usuwanie omyłek doprowadzi do zmiany treści oświadczenia woli. Dozwolony został jednak tylko taki zakres zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. Posłużenie się przez ustawę pojęciem niedookreślonym przy nakładaniu obowiązku poprawiania omyłek ("niepowodujące istotnych zmian") sprawia, że to do zamawiającego należy w pierwszej kolejności ocena, czy w danej sytuacji musi poprawić omyłki. Istotność omyłki winna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania. Jeśli oferta, mimo omyłki, spełniałaby oczekiwania zamawiającego, gdyby w tej treści miała być przyjęta - można rozważyć nieistotność omyłki. Zakazane jest poprawianie przy tym omyłek, które wykonawca popełnił w ofercie, zamierzając zaoferować inne świadczenie, inne parametry, inny sposób wykonania przedmiotu zamówienia (tak Dzierżanowski Włodzimierz, Komentarz do art. 87 ustawy - Prawo zamówień publicznych [w:] Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz).

Omyłka może polegać zarówno na niewłaściwym ujęciu w ofercie określonej informacji lub zobowiązania, jak i ich pominięciu (wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011 r., KIO 1147/11, LEX nr 84718). Niezbędne jest jednak wykazanie iż jest to skutek niezamierzony. Opierając się na słownikowym znaczeniu słowa "*omyłka*", należy uznać, że nie można poprawić na podstawie komentowanego przepisu żadnych rozbieżności pomiędzy ofertą a SIWZ, jeśli są one skutkiem celowego działania wykonawcy. Również wtedy, gdy działanie celowe opierało się na złym rozumieniu SIWZ i doprowadziło do niezgodności oferty ze specyfikacją. Świadome zamieszczenie czegoś w ofercie wyklucza bowiem uznanie rezultatu za omyłkę. Od powyższego (tj. od działania świadomego) prowadzącego do złożenia oferty odmiennej od wymaganej specyfikacją należy jednak odróżnić działanie niestaranne. Jeśli wskutek takich działań wykonawca popełni omyłkę, która jednak może być poprawiona ze względu na swą nieistotność, to stopień zawinienia (przyczynienia się) wykonawcy do powstania takiej omyłki nie jest przedmiotem badania zamawiającego, a przepis nie uzależnia poprawienia omyłki od tego, czy wykonawca jest, czy nie jest winien jej powstania (tak Dzierżanowski Włodzimierz, Komentarz do art. 87 ustawy - Prawo zamówień publicznych [w:] Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz).

Nie może budzić żadnych wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z niezawinioną omyłką, polegającą na posłużeniu się przez Odwołującego nieaktualnym

formularzem ofertowym, który uległ zmianie w trakcie trwania postępowania. Tym samym, PPS nie miało zamiaru, ani świadomości wprowadzenia Zamawiającego w błąd, który wynikał co najwyżej z niedołożenia należytej staranności (brak śledzenia zmian umieszczanych na stronie internetowej Zamawiającego). Za kwalifikacją powstałych niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ jako omyłek, przemawia też okoliczność, że niezgodności te nie są istotne i nie wpływają na wartość merytoryczną oferty. Jak już wskazywano wcześniej, błędne oznaczenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia nie miało znaczenia dla Zamawiającego bowiem pozwalało na szybszą realizację zamówienia, które i tak miało być zrealizowane do 15 maja 2013 roku (posłużenie się przez Zamawiającego datą graniczną nie wyłączało możliwości wskazania krótszego terminu przez wykonawców). Podobnie też omyłki w zakresie postanowień rękojmi i gwarancji, nie powodowały żadnej istotnej zmiany oferty z uwagi iż Odwołujący, zgodnie z wymogiem, zaoferował 10 lat gwarancji na kolektor słoneczny i 5 lat na wykonany przedmiot zamówienia, zasobnik solarny oraz solarną grupę pompowo-sterowniczą, co pozwalało na przyjęcie że 5 letni termin gwarancji obejmuje także pozostałe elementy instalacji, w tym zaoferowane naczynia przeponowe. Tym samym odrzucenie oferty bez uprzedniego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp, pomimo iż jego zastosowanie było możliwe i zasadne, spowodowało rażące naruszenie przepisów ustawy pzp. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 15 maja 2013 r., KIO 1008/13:

„Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ostatni przepis zobowiązuje zamawiającego do poprawienia w ofercie innych omyłek (niż pisarskie i rachunkowe, które bezwzględnie poprawia), polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zatem, odrzucenie oferty ma miejsce wówczas, gdy poprawienie oferty we wskazanym trybie nie jest możliwe”.

Nawet jeżeli Zamawiający miałby wątpliwości co do zgodności treści oferty z SIWZ lub charakteru omyłek Odwołującego, to zamiast automatycznego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3, mógł z ostrożności zwrócić się do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp. W doktrynie zaznacza się bowiem, że poprawianie omyłek może być poprzedzone wyjaśnieniami treści oferty dokonywanymi na podstawie art. 87 ust. 1.

Wyjaśnienia te nie mogą jednak wskazywać, w jaki sposób zdaniem wykonawcy omyłki winny być poprawione, o ile wskazanie takie wykracza poza dokonywaną zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego wykładnię oświadczenia woli. Dalej idące wyjaśnienia wykonawcy mogą być uznane zatem za zmianę treści oferty lub prowadzenie niedozwolonych negocjacji w tym zakresie.

Powyższe potwierdza w szczególności wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 25 lutego 2013 r. KIO 283/13; KIO 284/13, zgodnie z którym:

„Wszystkie przesłanki odrzucenia oferty określone w art. 89 ust. 1 pzp., jak np. zgodność z ustawą, z treścią SIWZ czy ustalenie, że oferta złożona została przez podmiot niezaproszony mogą być wyjaśniane przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 pzp”.

Warto zaznaczyć również, że przeważająca część judykatury opowiada się nie tylko za dobrowolnością skorzystania z trybu wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp a wręcz za ich obowiązkowym zastosowaniem. Do nich należy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 lutego 2013 r., KIO 140/13, w ślad za którym:

„Skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 pzp. może być nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla stwierdzenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić”.

A także przytaczana wielokrotnie w orzeczeniach KIO teza z wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 4 lipca 2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-936/03, w myśl której

"Zamawiający może, ale nie musi z tego uprawnienia skorzystać. (...) Jednakże Zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty jeżeli istnieją ku temu przesłanki".

A zatem mając na uwadze zaistniały stan faktyczny sprawy, Zamawiający winien poprawić zauważone w treści oferty Odwołującego, nieistotne i niezawinione omyłki, powodujące niezgodność tej oferty z SIWZ. Co więcej, Zamawiający mógł, a nawet

powinien w celu rozwiania wszelkich wątpliwości i uniknięcia naruszenia przepisów prawa, zwrócić się uprzednio w tym zakresie do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 pzp.

Ad. zarzut naruszenia art. 7 ust 1 w zw. z ust 3 pzp oraz art. 91 ust. 1 pzp.

Biorąc pod uwagę przywołane wyżej fakty, Odwołujący podnosi iż odrzucenie oferty PPS zostało dokonane z rażącym naruszeniem przepisów ustawy pzp.

Mając na uwadze przedstawioną argumentację, podkreślenia wymaga, iż działanie Zamawiającego skutkuje istotnymi wadami postępowania. Nie powinno przy tym budzić wątpliwości, że w analizowanym przypadku bezspornie doszło do naruszenia art. 7 ust. 3 pzp oraz art. 91 ust. 1 pzp. Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy odrzucił bowiem ofertę Odwołującego, która była ofertą korzystniejszą pod względem cenowym od oferty wybranej. W wyniku bezpodstawnego odrzucenia oferty PPS doszło do naruszenia również przepisu art. 91 ust. 1 pzp poprzez dokonanie niezgodnego z prawem wyboru oferty Solver sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Zamawiający winien zatem unieważnić czynność wyboru wykonawcy Solver sp. z o.o., dokonując ponownego badania i oceny ofert, tym razem z uwzględnieniem oferty Odwołującego, oraz wyboru oferty PPS jako najkorzystniejszej i spełniającej w pełni postawione przez Zamawiającego wymagania.

Na powyższe wskazuje też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 marca 2012 roku, KIO 362/12 (podobnie wyroki z dnia 28 grudnia 2010 r. KIO 2685/10, 2686/10 oraz z dnia 22 sierpnia 2011 r. KIO 1689/11) zdaniem której:

„nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest bowiem wyrażona w art. 7 ust. 1 zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także wynikający z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą, a wykluczenia z postępowania podmiotów nie spełniających warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 i 2 ustawy) oraz odrzucenia oferty w sytuacjach opisanych w art. 89 ust. 1 ustawy. Mimo więc, iż ustawodawca wprost nie wskazał w ustawie, że zamawiający może w każdym czasie, do zawarcia umowy, zweryfikować uprzednio podjęte

wadliwie decyzje, to należy uprawnienie to wywieść z powołanych wyżej przepisów.

Tak więc Zamawiający, o ile ustalił - już po podjęciu decyzji co do wyboru oferty najkorzystniejszej - nowe przesłanki, które mogą rzutować na odrzucenie oferty/wykluczenie wykonawcy, powinien poprzednią czynność unieważnić i czynność powtórzyć, naprawiając uprzednio popełniony błąd”

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu, a wpis w wysokości 15 000 zł został uiszczony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.



Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne
Mariusz Truchan
tel. 602 462 109
ul. Leśna 5, 16-400 Suwałki
NIP 844-155-02-83, REGON 790849545

W Ł A Ś C I C I E L

Mariusz Truchan

.....
Podpis i pieczęć osoby upoważnionej do
reprezentowania składającego odwołanie

Załączniki:

1. Odpis z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej,
2. Dowód doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu,
3. Dowód uiszczenia wpisu w wysokości 15000 zł.

Otrzymują:

- Prezes Krajowej Izby Odwoławczej (oryginał),
- Zamawiający (kopia),



Dane podstawowe

Imię **MARIUSZ**
Nazwisko **TRUCHAN**
Numer NIP **8441550283**
Numer REGON **790849545**
Firma przedsiębiorcy **PODLASKIE PRZEDSIĘBIORSTWO
SANITARNE MARIUSZ TRUCHAN**

Dane kontaktowe

Adres poczty elektronicznej -
Adres strony internetowej -

Dane adresowe

Adres głównego miejsca wykonywania działalności **ul. Leśna 5, 16-400 Suwałki, powiat Suwałki, woj. PODLASKIE**
Adresy dodatkowych miejsc wykonywania działalności -
Adres do doręczeń **ul. Leśna 5, 16-400 Suwałki, powiat Suwałki, woj. PODLASKIE**
Przedsiębiorca posiada obywatelstwa państw **Polska**

Dane dodatkowe

Data rozpoczęcia wykonywania działalności gospodarczej **2002-10-15**
Data zawieszenia wykonywania indywidualnej działalności -
Przewidywany okres zawieszenia do dnia -
Data wznowienia wykonywania indywidualnej działalności -
Data zaprzestania wykonywania działalności gospodarczej -
Data wykreślenia wpisu z rejestru -
Przeważająca działalność gospodarcza (kod PKD) **43.22.Z Wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatyzacyjnych**
Wykonywana działalność gospodarcza (kody PKD) **43.22.Z, 41.20.Z, 43.34.Z, 43.91.Z, 47.99.Z**
Mażeńska wspólność majątkowa -
Status indywidualnej działalności gospodarczej **Aktywny**

Spółki cywilne, których współnikiem jest przedsiębiorca

brak wpisów

Zakazy

brak wpisów

Informacje dotyczące upadłości / postępowania naprawczego

brak wpisów

Pełnomocnicy przedsiębiorcy

brak wpisów

Do CEIDG można wpisać tylko pełnomocników już ustanowionych zgodnie z odrębnymi przepisami (np. Kodeks cywilny, Kodeks postępowania administracyjnego i inne) oraz w formie przewidzianej tymi przepisami. Samo wskazanie pełnomocnika w CEIDG nie jest równoznaczne z jego ustanowieniem. Pełnomocnictwo wymaga stosownej formy pisemnej, którą może okazać się pełnomocnik. Pełnomocnictwo w CEIDG nie ma zastosowania w sprawach prowadzonych na podstawie Ordynacji podatkowej i ustawy o kontroli skarbowej.

W celu sprawdzenia aktualnego stanu wpisu należy odszukać wpis w systemie CEIDG (www.firma.gov.pl) WPIS DO CEIDG JEST WOLNY OD OPLAT

Zgodnie z art. 33 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej - Domniemywa się, że dane wpisane do CEIDG są prawdziwe. Jeżeli do CEIDG wpisano dane niezgodnie z wnioskiem lub bez tego wniosku, osoba wpisana do CEIDG nie może zasłaniać się wobec osoby trzeciej, działającej w dobrej wierze, zarzutem, że dane te nie są prawdziwe, jeżeli po powzięciu informacji o tym wpisie zaniedbała wystąpić niezwłocznie z wnioskiem o sprostowanie, uzupełnienie lub wykreślenie wpisu.

Niniejszy wydruk jest zgodny z art. 38 ust. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r. i ma moc zaświadczenia o wpisie w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej RP. Art. 38 ust. 5 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej - Organy administracji publicznej nie mogą domagać się od przedsiębiorców okazywania, przekazywania lub załączania do wniosków zaświadczeń o wpisie w CEIDG.



Mariusz Truchan
tel. 602 462 109
ul. Leśna 5, 16-400 Suwałki
NIP 844-155-02-83, REGON 790849545

**Za zgodność
z oryginałem**

WŁAŚCICIEL

Mariusz Truchan



Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski SA
www.pkobp.pl • tel. 801 307 307,
801 3PKOBP lub +48 (81) 535 60 60
Adres korespondencyjny: skrytka pocztowa 42, 00-956 Warszawa 10



Bank Polski

właściciel: PODLASKIE PRZEDSIĘBIORSTWO SANITARNE MARIUSZ TRUCHAN
data wydruku: 2013-10-04 g.13:54

Przelew z rachunku Szczegóły transakcji

Numer rachunku	97 1020 1332 0000 1102 0297 6009
Data waluty	2013-10-04
Data operacji	2013-10-04
Opis	Nr rach. przeciwst. : 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 Dane adr. rach. przeciwst. : URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH Tytuł : OPŁATA DO ODWOŁANIA DOTYCZY POSTĘPOWANIA GMINA JELENIEWO INWESTYCJA W ENERGIE ODNAWIALNĄ - ZAKUP I INSTALACJA KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH
Typ transakcji	Przelew z rachunku
Kwota	-15 000,00 PLN



Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne
Mariusz Truchan
tel. 602 462 109
ul. Leśna 5, 16-400 Suwałki
NIP 844-155-02-83, REGON 790849545

***Za zgodność
z oryginałem***

WŁAŚCICIEL

Mariusz Truchan