

Olecko, 14.12.2018 r.

2.dz. PEC / 938 / 2018

Informacja o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzuconiu oferty oraz zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Dotyczy postępowania na wykonanie robót budowlanych w ramach przedsięwzięcia pod nazwą: **„Modernizacja systemu ciepłowniczego Olecka polegająca na budowie ciepłowni bazującej na produkcji energii cieplnej ze spalania biomasy- część technologiczna” wszczętego 19.09.2018 r.** (ogłoszenie nr 62008-N-2018 z 20.09.2018 r.)

Zamawiający Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Spółka z o.o. w Olecku działając na podstawie regulaminu udzielania zamówień, stanowiącego załącznik do zarządzenia nr 11/2016 z dnia 30.12.2016 r. Prezesa PEC w Olecku Sp. z o.o.:

- unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty spółki Schmid Polska Sp. z o.o. (informacja z 09.10.2018 r.) w postępowaniu pod nazwą: „Modernizacja systemu ciepłowniczego Olecka polegająca na budowie ciepłowni bazującej na produkcji energii cieplnej ze spalania biomasy- część technologiczna” wszczętego 19.09.2018 r.,
- unieważnia czynność wezwania do złożenia wyjaśnień z 05.10.2018 r. (znak: PEC/787/2018),
- odrzuca ofertę spółki Schmid Polska Sp. z o.o.,
- unieważnia postępowanie w powyższej sprawie.

Uzasadnienie

W niniejszym postępowaniu zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego i regulamin udzielania zamówień, stanowiący załącznik do zarządzenia nr 11/2016 z dnia 30.12.2016 r. Prezesa PEC w Olecku Sp. z o.o. Zgodnie z art. 70¹ § 4 kodeksu cywilnego organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu sa obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Przez warunki przetargu należy rozumieć obowiązujący w PEC regulamin udzielania zamówień, zaś przez ogłoszenie o przetargu – SIWZ. Oznacza to związanie zarówno Zamawiającego jak i oferentów postanowieniami regulaminu udzielania zamówień i specyfikacji warunków zamówienia z 19.09.2018 r.

Zgodnie z § 3 ust. 3 regulaminu udzielania zamówień zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami niniejszego regulaminu.

W rozdziale VI.1 SIWZ wymagano, aby gwarancja wykonawcy wynosiła: min. 24 miesiące od daty odbioru na dostarczane urządzenia i min. 60 miesięcy od daty

odbioru na pozostałe roboty i materiały (analogiczny termin miała mieć rękojmia). Oferta wykonawcy Schmid Polska Sp. z o.o. w pkt 5 w zakresie długości okresu gwarancji wskazywała 24 miesiące na urządzenia i prace. Oferta wykonawcy w zakresie długości okresu gwarancji na roboty (prace) była sprzeczna z SIWZ (zamiast minimalnego okresu 60 miesięcy gwarancji wykonawca dał 24 miesiące). Zgodnie z § 43 ust. § lit. b regulaminu udzielania zamówień (zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ) oferta Schmid Polska Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona.

Pomimo takiego brzmienia regulaminu Zamawiający po otwarciu ofert pismem z tego samego dnia (5.10.2018 r.) wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących udzielonej gwarancji, wskazując minimalne jej okresy wskazane w SIWZ. Tego samego dnia wykonawca wyjaśnił, że podany okres było omyłką i oświadczył, że udziela gwarancji na pozostałe roboty i materiały na okres 60 miesięcy od daty odbioru końcowego. Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za zgodne z regulaminem i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. W tym miejscu należy wyjaśnić, że działanie to nie było prawidłowe. Zgodnie z § 42 ust. 2 i 3 regulaminu udzielania zamówień składane wyjaśnienia nie mogą skutkować zmianą treści oferty (§ 2), zaś zamawiający poprawia w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie oraz oczywiste omyłki (§ 3). Treść § 42 ust. 3 reguluje jedyne przypadki, gdy treść oferty może zostać skorygowana. Powyższe przepisy oznaczają, że zamawiający nie może wzywać do wyjaśnień, skutkiem których będzie zmiana elementów oferty (z wyjątkiem oczywistych omyłek, które zamawiający jest w stanie sam skorygować). Przepisy te są w swej treści zbliżone do brzmienia art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (nie przewidują jedynie poprawiania innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty), więc możliwe jest posiłkowanie się orzecznictwem do tych przepisów. „Procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert. (...) Podobnie jak w stosunku do samego oświadczenia woli, wyjaśnienia nie mogą jednak zmieniać treści dokumentu. (...) W trakcie procedury uzyskiwania i oceny wyjaśnień niedozwolone są jakiegokolwiek negocjacje dotyczące oferty. Negocjacje te, jeśli miałyby odnieść skutek, musiałyby prowadzić do zmiany treści oferty, co jest zakazane odrębną normą komentowanego przepisu. Zakaz prowadzenia negocjacji poszerza więc katalog czynności zabronionych w ten sposób, że nie tylko dokonywanie zmian w ofercie, ale również samo podjęcie próby wprowadzenia takich zmian jest naruszeniem przepisów ustawy. Dodać należy, że na gruncie wszystkich wyżej wskazanych przepisów i orzeczeń jest jasne, że w żadnym razie za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli. Oczywiście omyłki polega ponadto nie tylko na łatwości jej dostrzeżenia, ale również na braku wątpliwości, jak powinna ona zostać poprawiona. Jeśli więc powszechna

wiedza, zasady logiki, kontekst, w którym pojawia się omyłka, dopuszczają jej poprawienie na więcej sposobów niż jeden, taka omyłka nie może być uznana za oczywistą. Poprawienie oczywistych omyłek pisarskich nie rodzi najczęściej żadnych praktycznych konsekwencji dla prowadzonego postępowanie. (...) za oczywistą omyłkę rachunkową należy uznać błąd popełniony przez wykonawcę w obliczeniach, polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, który zgodnie z poglądem wyrażonym w tezie 6 da się poprawić wyłącznie w jeden sposób. Obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt 3 jest poprawa omyłek” (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, Opublikowano: WKP 2018). Podobne stanowisko prezentuje Krajowa Izba Odwoławcza (por. wyrok z dnia 28 czerwca 2016 r., KIO 1024/16): „Gwarancja jest przedmiotowo istotnym elementem zobowiązania składającego się na treść oferty. W oparciu o art. 86 ust. 4 p.z.p., okres gwarancji (obok ceny i terminu wykonania zamówienia) [§ 41 ust. 4 lit. d regulaminu zamówień PEC], zawarty w ofertach poszczególnych wykonawców jest podawany podczas jawnej sesji otwarcia ofert. Przepis ten ma zapobiegać jakimkolwiek nieuprawnionym interwencjom w treść ofert, po upływie terminu ich złożenia.” Oznacza to, że działanie zamawiającego zmierzające do zmiany zadeklarowanego okresu gwarancji było niezgodne z regulaminem (którym zamawiający i wykonawca są związani) i skutkowało wyborem oferty niezgodnie z regulaminem (§ 3 ust. 3 w zw. z § 42 ust. 2 i § 43 ust. 1 lit. b).

W związku z faktem, że powyższa kwestia nie została właściwie zweryfikowana i ostatecznie doszło do wyboru oferty Schmid Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej konieczne było unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Przyczyną unieważnienia jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z regulaminem udzielania zamówień. Możliwość taka co prawda nie wynika wprost z regulaminu udzielania zamówień (podobnie – kwestii tej nie reguluje Pzp), jednakże trzeba mieć na uwadze cel przeprowadzania postępowania – jest nim wybór oferty zgodnie z procedurą a nie wybór oferty za wszelką cenę (nawet z jej naruszeniem). Powyższe wynika wprost z § 3 ust. 3 regulaminu udzielania zamówień. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2011 r. (np. KIO 290/11, KIO 2591/13 i KIO 2593/13, KIO 1718/13) postępowanie o udzielenie zamówienia ma prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. W takim celu zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, gdy tylko stwierdzi, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty z naruszeniem ustawy. Po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty stan postępowania niejako wraca do etapu, gdy postępowanie jest nierozstrzygnięte i nie jest znany jego wynik. Podobnie KIO stwierdziło w wyroku z dnia 14 lutego 2011 r. (KIO 183/11): Zamawiający zawsze może dokonać czynności w postępowaniu, w tym także mających na celu poprawienie błędnej oceny ofert, jednak powinien wcześniej unieważnić czynność, którą uznał za nieprawidłową.

W związku z faktem, że wyjaśnienia Schmid Polska Sp. z o.o. złożone po otwarciu ofert prowadzą do zmiany treści oferty i powodują niezgodną z regulaminem jej modyfikację nie mogą zostać uwzględnione. Wezwanie do powyższych wyjaśnień prowadzi do zmiany treści oferty. Stąd konieczność unieważnienia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień z 05.10.2018 r. (znak: PEC/787/2018), jako sprzecznej z § 42 ust. 2 w zw. z § 3 ust. 3 regulaminu.

Ostatecznie należy wskazać, że skoro oferta Schmid Polska Sp. z o.o. wskazywała okres gwarancji krótszy niż wymagany w SIWZ zachodzi konieczność jej odrzucenia na podstawie § 42 ust. 1 lit. b regulaminu udzielania zamówień w zw. z pkt VI.1 SIWZ.

Procedura wyboru najkorzystniejszej oferty zawierała ponadto szereg kolejnych uchybień i nieprawidłowości.

W § 5 ust. 1 pkt 1 regulaminu udzielania zamówień wskazano, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, określone przez zamawiającego. W ust. 3 wskazano, że sposób potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 1 zamawiający każdorazowo określi w dokumentach przetargowych (ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ). Ponadto wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych (§ 5 ust. 4). W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (§ 5 ust. 7).

W rozdziale V SIWZ z 19 września 2018 r. zamawiający wymagał od wykonawcy m.in.:

- 1) wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowania w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ukończenia, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (...) jednej roboty budowlanej, polegającej na budowie kotłowni
- 2) w zakresie technologii – opalanej zrębkami drzewnymi o mocy znamionowej minimum 4,50 MW;
- 3) posiadania zdolności technicznych i zawodowych (...) dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: (...)
 - kierownikiem robót sanitarnych, który musi posiadać (...) min. 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownika robót w branży instalacji i urządzeń cieplnych;
 - kierownikiem robót elektrycznych, który musi posiadać (...) min. 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownika robót w branży instalacji elektrycznych.

Wykonawca Schmid Polska Sp. z o.o. w ofercie wskazał – w zakresie doświadczenia - robotę budowlaną wykonaną w całości przez podwykonawcę oraz dołączył

zobowiązanie tej spółki do oddania do dyspozycji wykonawcy własnych zdolności technicznych i zawodowych („doświadczenia”) poprzez „zrealizowanie robót budowlanych w części, do realizacji których udostępniane przez nas zdolności są wymagane, w charakterze podwykonawcy. Zakres naszego udziału przy wykonywaniu zamówienia to wykonanie części robót budowlanych związanych z przedmiotem zamówienia oraz konsultacje branżowe, a także pełnienie czynności doradczych i nadzorczych nad wykonywanymi robotami przeprowadzane zarówno na odległość, jak i bezpośrednio na terenie prowadzonej inwestycji”. Ponadto wykonawca wskazał w ofercie, że wskazany podwykonawca wykona „elementy instalacji technologicznych”.

W zakresie doświadczenia przy budowie kotłowni wykonawca Schmid Polska Sp. z o.o. w całości bazuje na doświadczeniu podmiotu trzeciego, jednakże w ofercie i zobowiązaniu do udostępnienia zasobów wskazał, że ten podwykonawca wykona jedynie (bliżej nieokreśloną) część robót budowlanych. Oznacza to, że pozostała nieznaną część robót budowlanych zostanie wykonana przez wykonawcę niemającego wymaganego w SIWZ doświadczenia w tym zakresie. Biorąc pod uwagę aktualne orzecznictwo KIO i stanowisko doktryny (na tle identycznych przepisów art. 22a Pzp i w regulaminie udzielania zamówień w zakresie korzystania z zasobów podmiotów trzecich), należy przytoczyć:

- wyrok KIO z dnia 9 listopada 2017 r. KIO 2245/17: „w przypadku zasobu dotyczącego doświadczenia zarówno prawodawca unijny, jak i ustawodawca krajowy wprowadzili daleko idące ograniczenia, a mianowicie dopuszczalność polegania na takim zasobie została uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane i usługi, do realizacji których zasób jest potrzebny. Powyższe sprowadza się w praktyce do obowiązku zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego, które powinno być nie tylko zadeklarowane, ale i egzekwowane w trakcie wykonywania roboty czy usługi. Celem wprowadzenia tych regulacji było ograniczenie zjawiska handlu referencjami, przepisy te służą jednak także zapewnieniu zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Z przepisów tych wynika ponadto, że konieczność zrealizowania przez podmiot trzeci usługi lub roboty budowlanej jako podwykonawca dotyczy tej części przedmiotu zamówienia, do realizacji której był wymagany udostępniany zasób (por. wyrok KIO z dnia 7 lipca 2017 r., KIO 1299/17). (...) Przystępujący, który powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu zobligowany był do wykazania, że podmiot udostępniający zasoby, Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego K. S.A., zrealizuje zamówienie w takim zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie, tj. w zakresie dotyczącym przebudowy lub remontu konserwatorskiego budynku wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną. W ocenie Izby w przypadku przedmiotowej roboty budowlanej zasób integralnie związany z określonym podmiotem, tj. firmą K., jakim w tym wypadku jest jego doświadczenie, może być przekazany wyłącznie poprzez zrealizowanie zamówienia w tym zakresie przez podmiot K.. Ma to tym większe znaczenie, że Przystępujący nie powołał się w tym zakresie na doświadczenie własne, a zatem tylko realna, bezpośrednia realizacja

zamówienia przez firmę K. w zakresie obejmującym przebudowę lub remont konserwatorski wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną dawać będzie Zamawiającemu gwarancję należytego wykonania zamówienia. Przy czym podkreślić należy, iż ww. prace stanowią istotny element zamówienia, jak bowiem sama nazwa wskazuje przedmiotem zamówienia jest właśnie "Przebudowa i remont konserwatorski zespołu budynków wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną przy ul. Jaracza 26 w systemie "zaprojektuj i wybuduj." Na marginesie jedynie Izba wskazuje, iż nie oznacza to, że Przystępujący nie może brać udziału w realizacji roboty budowlanej, niemniej podmiot udostępniający zasoby musi zrealizować zamówienie w zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie.”;

- wyrok KIO z dnia 20 lutego 2018 r. KIO 211/18: „wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą" (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2245/17). Ustawodawca tym samym przesądził, że realne udostępnienie takich zasobów w przypadku ww. warunków może polegać wyłącznie na wykonaniu przez podmiot udostępniający, usług lub robót budowlanych, do których takie zdolności są wymagane. W ocenie Izby na gruncie dokumentów i oświadczeń przedstawionych przez Wykonawcę M. W. T. U. można w sposób nie budzący wątpliwości stwierdzić, że podmiot trzeci nie zrealizuje zamówienia w zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie”;

- komentarzy do Art. 22a PZP red. Jaworska 2018, wyd. 1/Jaworska, Legalis: „Obecny wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania przez podmiot trzeci tej części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników do bezpośredniej realizacji zamówienia”;

- komentarzy do Art. 22a PZP Granecki 2016, wyd. 5, Legalis: „podmiot trzeci zobowiązany jest nie tylko do udziału w realizacji zamówienia, ale do tego, by udział ten przybrał konkretną formę – tj. by polegał na tym, że podmiot trzeci wykona/zrealizuje określone roboty budowlane lub usługi, co do których swojego potencjału używa wykonawcy”.

W świetle powyższego, że w aktualnym stanie prawnym czynności doradcze i nadzorcze nie stanowią faktycznego udostępnienia zasobów, zaś podmiot udostępniający swoje zasoby wykonawcy w ramach robót budowlanych musi realnie uczestniczyć w realizacji zamówienia w zakresie, w którym udostępnia zasoby. Skoro zatem podwykonawca udostępnia swoje zasoby w zakresie doświadczenia w wykonaniu całego zamówienia to powinien faktycznie uczestniczyć w wykonaniu całości robót związanych z budową kotłowni. Natomiast z zobowiązania wynika, że udostępni jedynie swoje zasoby w formie podwykonawstwa w części (jak to ujęto w ofercie: „elementach instalacji technologicznej”). Takie udostępnienie zasobu jest nieadekwatne do wymogów stawianych przez Zamawiającego, jak również może nie

być realnie możliwe do wykorzystania i sprowadzi się wyłącznie do fikcji udostępnienia zasobów. Zakres udostępnionych zasobów nie spełniał wymogów określonych w SIWZ i w tym zakresie wykonawca powinien być wezwany – przed wyborem jego oferty – do wyjaśnień lub uzupełnienia oferty (gdyby okres gwarancji był prawidłowy).

W toku badania i oceny ofert wyjaśnienia przez wykonawcę wymagała również kwestia mocy kotłowni wskazanej w wykazie wykonanych robót. Z SIWZ wynikało, że wykonawca ma wykazać się realizacją inwestycji o mocy znamionowej minimum 4,5 MW, zaś z wykazu nie wynika jaką moc znamionową miała kotłownia. Pojęcie mocy znamionowej nie pojawia się również w dokumencie referencji, a pada jedynie w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów. Jednakże ten ostatni dokument nie potwierdza doświadczenia a jedynie chęć udostępnienia zasobu.

Również w wykazie osób (załącznik nr 7) wykonawca wskazał w kolumnach: „zakres wykonywanych czynności w niniejszym zamówieniu (funkcja)” oraz „doświadczenie zawodowe” dwa razy odpowiednio: „kierownik robót sanitarnych” i „kierownik robót elektrycznych”. Wykaz nie zawiera zatem informacji o doświadczeniu kierowników. Co prawda w kolumnie „posiadane uprawnienia budowlane/nr, data wydania” wykonawca wskazał datę wydania uprawnień odpowiednio w 2010 r. i 2006 r., jednakże nie przesądza to kwestii doświadczenia, gdyż nie można wykluczyć orzeczenia wobec kierowników zakazu wykonywania samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, w wyniku czego wymóg posiadania 5 lat doświadczenia może nie być wykazany. Kwestia ta również wymagała wyjaśnień wykonawcy.

Konsekwencją unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty jest powrót do fazy ponownego wyboru oferty, jednakże w związku z upływem terminu związania ofertą drugiego wykonawcy Envirotech Sp. z o.o. oraz faktem, że wartość tej oferty przekraczała kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na jej sfinansowanie konieczne jest unieważnienie postępowania na podstawie § 46 ust. 1 lit. b regulaminu udzielania zamówień.

PROKURENT

Ewa Żukowska


Prokurent Ewa Żukowska

Otrzymują:

1. Schmid Polska Sp. z o.o., ul. Niska 6, 82-300 Elbląg
2. Envirotech Sp. z o.o., ul. Jana Kochanowskiego, 60-845 Poznań