

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę M..... N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe NKM M..... N....., Rydzyny 75, 95-200 Pabianice w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Tuszyn, ul. Piotrkowska 2/4, 95-080 Tuszyn

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie: wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje dokonanie poprawy w zakresie 5 strony opisu przedmiotu zamówienia w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Tuszyn, ul. Piotrkowska 2/4, 95-080 Tuszyn i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M..... N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe NKM M..... N....., Rydzyny 75, 95-200 Pabianice tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Gminy Tuszyn, ul. Piotrkowska 2/4, 95-080 Tuszyn, na rzecz wykonawcy M..... N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe NKM M..... N....., Rydzyny 75, 95-200 Pabianice kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Tuszyn, ul. Piotrkowska 2/4, 95-080 Tuszyn, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dowóz uczniów do szkół podstawowych, gimnazjów i oddziałów "zerowych" prowadzonych przez Gminę Tuszyn wraz z zapewnieniem opieki nad tymi uczniami w czasie przewozu” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dn. 26.06.2013 r. pod nr 245350-2013 - Nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego OiW.271.01.2013.JU.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 19 lipca 2013 roku zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu ofert kilku wykonawców. Wśród ofert odrzuconych znalazła się również oferta wykonawcy M..... N..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe NKM M..... N....., Rydzyny 75, 95-200 Pabianice, który to wykonawca zwany dalej „odwołującym” w dniu 01.08.2013 roku wniósł od tej czynności zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO).

W wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu :

- 1) *naruszenia art. 25 ust. 1 i 2 p.z.p. poprzez błędne uznanie jako właściwe, żądanie przedstawienia podpisanego opisu przedmiotu zamówienia jako dokumentu wymaganego i niezbędnego do prowadzenia postępowania,*
- 2) *naruszenie art. 87 ust. 1 P.z.p. poprzez zaniechanie wyjaśnień dotyczących treści oferty odwołującego,*
- 3) *naruszenie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów zawierających błędy lub złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p.*
- 4) *naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. w związku z naruszeniami wskazanymi w powyższych punktach poprzez uznanie, że brak ostatniej podpisanej strony opisu przedmiotu zamówienia (rozdział II SIWZ), przesądza o tym, że oferta odwołującego nie odpowiada treści SIWZ;*
- 5) *naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez*

odrzucenie oferty odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zarzucanych w niniejszym odwołaniu przepisów obowiązującego prawa;

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego.
3. Ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert, w tym oferty odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty wskazał, że zamawiający odrzucił jego ofertę nie wzywając go do uzupełnienia brakujących dokumentów, a także nie wzywając go do złożenia wyjaśnień. Według zamawiającego przyczyną odrzucenia oferty bez wezwania do uzupełnienia dokumentów było *przedstawienie niekompletnego dokumentu w postaci niezłączenia piątej ostatniej strony opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ* . Dokument będący opisem przedmiotu zamówienia według zamawiającego nie podlegał uzupełnieniu dlatego też odrzucił ofertę odwołującego się.

Odwołujący podniósł także, że wymóg żądania przez zamawiającego złożenia opisu przedmiotu zamówienia jest niezasadny, gdyż jest to dokument który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania przetargowego. Ponadto stwierdził, że dokument ten według odwołującego nie był formalnie – biorąc pod uwagę treść postanowień SIWZ wymagany, gdyż nie został wymieniony w części III. Instrukcji dla Wykonawcy. Dlatego też pewne nieistotne braki dokumentu niewymaganego przez Zamawiającego nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty w związku z błędnym przekonaniem o niemożliwości wezwania do uzupełnienia takiego dokumentu. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż załączonego wzoru umowy (rozdział IV SIWZ) wynika jednoznacznie, iż opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik do przedmiotowej umowy, Dlatego też jego zdaniem nie można się zgodzić z twierdzeniem, że nie można było wezwać odwołującego do uzupełnienia tego jak i innych dokumentów.

Zamawiający w piśmie – będącym odpowiedzią na odwołanie stwierdził, że oferta odwołującego została odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, gdyż nie zaistniały przesłanki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Złożona w postępowaniu oferta była niezgodna, co do treści z SIWZ ponieważ wykonawca nie składając ostatniej strony opisu przedmiotu zamówienia (pkt. 5.13 SIWZ) oferuje przedmiot zamówienia, który nie odpowiada opisywanemu przedmiotowi zamówienia w SIWZ, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interes zamawiającego. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp tj. jeżeli niezgodność treści oferty z SIWZ nie może zostać poprawiona jako omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści

oferty. Zamawiający nie mógł odnieść się merytorycznie do brakującej strony z opisu przedmiotu zamówienia oraz wystąpić o jej uzupełnienie, gdyż w istocie dokonanie takiego „uzupełnienia” oznaczałoby modyfikację oferty poprzez dodanie do niej brakujących elementów, co zdaniem zamawiającego spowodowałoby istotną zmianę w treści oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania umożliwiłoby mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu biorąc pod uwagę jedyne kryterium oceny – wysokość zaoferowanej ceny.

Na wstępie rozważań co do zasadności podniesionych zarzutów wskazać należy, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego wskazując w tym zakresie pięć podstaw faktycznych. Jednocześnie zamawiający wskazał, że nie wzywał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie podstaw wskazanych w pkt 1;2;3 i 5, gdyż nawet ponieważ mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy i tak podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ odwołujący nie załączył do oferty podpisanej ostatniej strony opisu przedmiotu zamówienia, a strona ta nie podlegała uzupełnieniu.

Tym samym zamawiający oparł się na w tym zakresie na treści przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nawet uzupełnienie w pełni dokumentów i oświadczeń o których mowa w pkt 1-3 i 5 informacji o podstawie odrzucenia oferty, to i tak oferta wykonawcy jako niezawierająca ostatniej strony opisu przedmiotu zamówienia, podlegałaby odrzuceniu.

Ponadto wskazać należy, że bezspornym pomiędzy stronami jest fakt o braku złożenia przez odwołującego niezbędnych dokumentów i oświadczeń wskazanych w ww. pkt 1-3 i 5, oraz tym, że gdyby nie brak złożenia niekompletnego dokumentu – opisu przedmiotu zamówienia, to zamawiający wezwał by odwołującego w tym zakresie do ich uzupełnienia. Tak więc należy w sposób jednoznaczny stwierdzić, że tylko fakt nie złożenia wraz z ofertą kompletnego opisu przedmiotu zamówienia był podstawą do odrzucenia oferty

odwołującego.

Przechodząc do rozpatrzenia zasadności podniesionego zarzut stwierdzić należy, że zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, Zamawiający najpierw musi uzyskać pewność co do treści oferty, a dopiero po tym, zgodnie z regułą należytej staranności, może zakwalifikować treść oferty, jako odpowiadającą albo nie odpowiadającą treści SIWZ. Służą temu w szczególności przepisy art. 26 ust.3 i 4 a także art. 87 ust 1, a przy cenie oferty art. 90 ust 1 ustawy Pzp.

Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom.

.Natomiast o istotnej zmianie treści oferty powstałej w wyniku poprawy oferty można byłoby mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że moglibyśmy mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy.

Zaznaczyć należy również, że wykonawca składając swoją ofertę dokonuje jej wyartykułowania w świetle wymagań SIWZ. Takie wyartykułowanie winno nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. Tak złożoną ofertę wykonawca na wezwanie zamawiającego może uzupełnić, ale to uzupełnienie nie może dokonywać jej zmiany. Inne podejście wypaczałoby mechanizm konkurencyjności wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przenosząc powyższe spostrzeżenia ogólne do sytuacji z przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, że zamawiający winien był przy ocenie zasadności wezwania odwołującego do uzupełnienia brakującej strony 5 opisu przedmiotu zamówienia skupić się przede wszystkim na ocenie czy brak tej strony ma obiektywnie istotne znaczenie dla ustalenia czy zaoferowany w ofercie przedmiot zamówienia jest zgodny z jego opisem w SIWZ oraz jakie ewentualne zmiany w tej ofercie spowoduje wezwanie wykonawcy do złożenia tej brakującej strony opisu przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do tej kwestii Izba zauważa, że dokument -opis przedmiotu zamówienia, któremu tak dużą wartość próbuje nadać zamawiający jest dokumentem, który wykonawcy mieli w wersji wytworzonej przez zamawiającego tylko podpisać. Dokument ten nie zawierał jakichkolwiek wolnych pól czy rubryk które wykonawcy mieliby uzupełniać bądź składać w tym zakresie jakieś oświadczenia woli, co sam zamawiający potwierdził w trakcie rozprawy. W takiej sytuacji należało uznać, że niezłączenie ostatniej strony przedmiotowego opisu jest zwykłym przeoczeniem, omyłką, którą da się na pierwszy rzut oka zauważyć, gdyż wykonawcy nie mieli żadnych powodów aby tego opisu nie złożyć.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego stwierdzając, że w związku z powyższym uchybieniem jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Zauważyć należy, iż prawie każda niezgodność oferty ma odzwierciedlenie w wymogach SIWZ, ale z tego powodu nie każda oferta winna być odrzucona. Zamawiający każdy brak winien oceniać nie tylko przez pryzmat rangi danego dokumentu jaki nadał mu w SIWZ, ale w sposób zdroworozsądkowy powinien ocenić jakie obiektywne znaczenie ma dany dokument w zapewnieniu mu otrzymania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ oraz jaką zmianę w treści oferty wniesie uzupełnienie o niego oferty.

W przedmiotowej sprawie niewątpliwe jest, że przedmiotowy opis przedmiotu zamówienia jest załącznikiem do mającej być zawartej pomiędzy stronami umowy. Analizując treść umowy oraz tego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzić należy, że opis ten jest pewnym syntetycznym zebraniem uregulowań umowy, a więc ich powtórzeniem. Jeśli chodzi o tą brakującą piątą stronę *opisu* to uregulowania tam zawarte mają niemalże dosłowne powtórzenie uregulowań umowy zawartych między innymi w § 2;4;10 wzoru umowy, która to została przez wykonawcę jako zaakceptowana, złożona wraz z ofertą.

Tym samym biorąc pod uwagę powyższe Izba uwzględniając odwołanie, nie uznała za niezbędne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia braku tej strony opisu przedmiotu zamówienia w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp przyjmując, że zamawiający był zobowiązany do zastosowania tutaj poprawy omyłki zgodnie z przepisem art. 87 ust 2 pkt 3 uznając - w tym stanie faktycznym sprawy, ten brak za *inna omyłkę*.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt. 1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238). Izba kierując się zasadą miarkowania kosztów w zakresie kosztu zastępstwa procesowego strony przed KIO przyznała pełnomocnikowi odwołującego zwrot połowy kwoty żądanego wynagrodzenia.

Przewodniczący