

Sygn. akt KIO/138/11

WYROK
z dnia 8 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę: **TOI TOI Polska Sp. z o. o., ul. Płochocińska 29, 03-044 Warszawa** od czynności Zamawiającego **Skarbu Państwa – Tatrzańskiego Parku Narodowego, ul. Kuźnice 1, 34-500 Zakopane**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: TOI TOI Polska Sp. z o. o., ul. Płochocińska 29, 03-044 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawcę: **TOI TOI Polska Sp. z o. o., ul. Płochocińska 29, 03-044 Warszawa**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Tatrzański Park Narodowy z siedzibą w Zakopanym prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „najem i obsługę kabin WC na terenie Tatrzańskiego Parku Narodowego w terminie od 1 lutego 2011 do 16 stycznia 2012”.

Pismem z dnia 14 stycznia 2011 r. zamawiający poinformował, iż w przedmiotowym postępowaniu wybrał, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy WC SERWIS Bańska, Kucharski Sp. j., z siedzibą w Zabrze.

Wobec takiej czynności zamawiającego pismem z dnia 24 stycznia 2011 r. odwołanie wniósł wykonawca TOI TOI Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p., poprzez prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) naruszenie art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy WC SERWIS Bańska, Kucharski Sp. j., z siedzibą w Zabrze, której treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy WC SERWIS Bańska, Kucharski Sp. j., z siedzibą w Zabrze jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy WC SERWIS Bańska, Kucharski Sp. j., z siedzibą w Zabrze do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 5) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę WC SERWIS Bańska, Kucharski Sp. j., z siedzibą w Zabrze.

Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie powtórnego badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy WC SERWIS Bańska, Kucharski Sp. j., z siedzibą w Zabrze;
- 4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący wskazywał, iż wybrany wykonawca w zakresie kabiny małej zaoferowałabinę o wymiarach w podstawie 112 cm x 122 cm co jest niezgodne z treścią SIWZ gdyż zamawiający wymagał aby wymiary w rzucie kabiny małej mieściły się w granicach od 1,00m x 1,00m do 1,20 m x 1,20 m. Odwołujący stwierdził, iż niespełnienie przez kabinę zaoferowaną przez wybranego wykonawcę parametrów granicznych podanych przez zamawiającego musi skutkować odrzuceniem oferty.

Ponadto odwołujący wskazywał, iż cena oferty, którą zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia o 45,45%, a od drugiej z ofert o 26%. W ocenie odwołującego takie różnice winny skutkować wezwaniem wybranego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, czego zamawiający zaniechał, a w konsekwencji odrzucenie wybranej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Skarb Państwa – Tatrzański Park Narodowy z siedzibą w Zakopanym prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „najem i obsługę kabin WC na terenie Tatrzańskiego Parku Narodowego w terminie od 1 lutego 2011 do 16 stycznia 2012”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 232-355410 w dniu 30 listopada 2010 r.

Wartość szacunkową zamówienia określono na kwotę 720.556,20 zł.

Zgodnie z pkt 5, opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, zamawiający określił, iż „(...) wymiary w rzucie kabiny małej mają się zmieścić w granicach od 1,00 m x 1,00 m do 1,20 m x 1,20 m”.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyło dwóch wykonawców:

- 1) WC SERWIS Bańska, Kucharski Sp. j., z siedzibą w Zabrze na kwotę 424.440,00 zł brutto;
- 2) TOI TOI Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 580.368,24 zł brutto.

Izba ustaliła również, iż wykonawca WC SERWIS Bańska, Kucharski Sp. j., z siedzibą w Zabrze, na stronie 25 oferty, w zakresie oferowanej kabiny małej wskazał następujące wymiary 112 cm x 122 cm.

Ponadto pismem z dnia 26 stycznia 2011 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca WC SERWIS Bańska, Kucharski Sp. j., z siedzibą w Zabrze, wyjaśnił treść oferty podając, iż nie dysponuje kabiną małą o wymiarach przekraczających 120 cm a oferowane przez niego kabiny mają wymiary w podstawie 112 cm x 112 cm.

Wskazał iż w ofercie, opisie wymiarów małej kabiny (str. 25 pkt 3 oferty) nastąpiła omyłka pisarska gdzie zamiast 112 cm x 112 cm wpisano 112 cm x 122 cm. Na potwierdzenie powyższego wykonawca dołączył do wyjaśnień kartę katalogową kabiny z której wynika iż jej wymiary wynoszą 1120 mm x 1120 mm.

Pismem z dnia 21 grudnia 2010 r. zamawiający poinformował, iż w przedmiotowym postępowaniu wybrał, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy WC SERWIS Bańska, Kucharski Sp. j., z siedzibą w Zabrze. Czynność ta leży u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy p.z.p., jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Zgodnie z w/w przepisem, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust., 2 pkt 3. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowym stanie faktycznym bezspornie wystąpiła niezgodność treści oferty wybranego wykonawcy z treścią SIWZ jednakże w ocenie Izby, niezgodność ta powinna zostać poprawiona przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Należy zauważyć, iż nie jest to jedynie uprawnienie zamawiającego a obowiązek, który powstaje po pierwsze w wyniku ustalenia, że stwierdzona niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter omyłki, a po drugie ustaleniu, iż poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w ofercie. W przedmiotowej sprawie w ocenie Izby w treści oferty wybranego wykonawcy wystąpiła omyłka niepowodująca istotnej zmiany treści oferty. Izba wskazuje, iż jedynie świadome i celowe działanie wykonawcy wykluczałoby możliwość zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Ponadto niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, a także możliwość

usunięcia takiej niezgodności w drodze poprawienia omyłek innych niż pisarskie i rachunkowe, powinna być odrębnie badana w każdym konkretnym przypadku, z uwzględnieniem całokształtu związanych z nim okoliczności. Mając na względzie okoliczności faktyczne występujące w niniejszej sprawie w tym złożone przez wybranego wykonawcę wyjaśnienia wskazujące rzeczywiste wymiary kabiny małej, Izba uznała zasadność poprawienia przez zamawiającego omyłki w zakresie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w przedmiocie wymiarów kabiny małej gdyż zmiana taka nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Na marginesie należy zauważyć, iż składane przez odwołującego w trakcie rozprawy oświadczenia w przedmiocie złożenia przez wybranego wykonawcę nieprawdziwych oświadczeń nie mogły być brane pod uwagę gdyż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy p.z.p. Izba może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Bezspornie, odwołujący takiego zarzutu w odwołaniu nie zgłaszał.

Powyższa argumentacja przesądza również o niezasadności zarzutu naruszenia art. 82 ust. 3 ustawy p.z.p. gdyż uwzględniając dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. treść oferty odpowiada treści SIWZ.

W zakresie zarzutu zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawcy WC SERWIS Bańska, Kucharski Sp. j., z siedzibą w Zabrze do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p., a w konsekwencji zaniechania czynności odrzucenia oferty WC SERWIS Bańska, Kucharski Sp. j., z siedzibą w Zabrze z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. Izba również nie podzieliła argumentacji Odwołującego. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem za cenę rażąco niską należy uznać cenę nierealną, tj. cenę, za którą nie można zrealizować przedmiotowego zamówienia. Izba podzieliła argumentację zamawiającego, iż skierowanie pytania do wykonawcy jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena oferty. Nie jest, więc uzasadnione zwracanie się o uzasadnienie kalkulacji cen, jeśli zamawiający nie poweźmie, co najmniej wątpliwości czy cena nie jest rażąco niska.

W ocenie Izby zamawiający skutecznie udowodnił, iż brak było przesłanek, które miałyby wywołać obawę, co do rzetelności zaoferowanej ceny przez wybranego wykonawcę. Jak wykazywał zamawiający wybrany wykonawca obsługiwał zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia nieprzerwanie od 1998 do 2009 roku, co uzasadnia możliwość skalkulowania ceny oferty na zaproponowanym poziomie wraz z uwzględnieniem zysku, za kwotę gwarantującą prawidłowe wykonanie zamówienia. Odwołujący w ocenie Izby w żaden sposób nie udowodnił, że wybrany przez zamawiającego wykonawca, nie jest w stanie czerpać dochodu z wykonania przedmiotowej usługi po zaoferowanej cenie i prawdopodobnie poniesie stratę. Tym samym za udowodnione Izba uznała, że zaproponowana cena jest ceną realną, rzeczywistą i taką, za którą można należycie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Odnosząc się do zarzutu dokonania czynności wyboru oferty WC SERWIS Bańska, Kucharski Sp. j., z siedzibą w Zabrze z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p. Izba również nie podzieliła poglądu odwołującego. Zgodnie z w/w normatywem zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z pkt IX SIWZ, Kryteria oceny ofert, zamawiający wskazał, iż jedynym kryterium wyboru będzie cena brutto oferty. Na podstawie dokumentacji postępowania Izba jednoznacznie stwierdziła, iż zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryteria określone w SIWZ, co nie potwierdza zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p. podniesionego przez odwołującego.

Mając na względzie powyższe ustalenia, Izba nie znalazła uzasadnienia dla zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie czynności wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu zapewnienia zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania podczas postępowania. Zarzuty te Izba uznała za nieudowodnione.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p. oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....