

**WYROK**

**z dnia 31 października 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 29 października 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2019 r. przez **wykonawcę MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Jastrzębską Spółkę Węglową S. A. Zakład Wsparcia Produkcji z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju**

przy udziale **wykonawcy MARAT Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

**orzeka:**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini** a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty wykonawcy **MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini** – w sposób wskazany w uzasadnieniu orzeczenia;
2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od **Zamawiającego: Jastrzębskiej Spółki Węglowej S. A. Zakładu Wsparcia Produkcji z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju** kwotę **18 739 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczoną rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S. A., Zakład Wsparcia Produkcji, Jastrzębie-Zdrój Szpital prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Dostawa oraz wymiana dwóch zestawów kół 4-linowych fi 5000 mm na wieży szybowej górniczego wyciągu szybowego zainstalowanego w przedziale północnym Szybu I JSW S.A. KWK Budryk w Ornontowicach”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca MWM Eletro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 11 października 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ oraz niedopuszczenie ww. wykonawcy do aukcji elektronicznej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia czynności unieważnienia zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia czynności unieważnienia udziału Odwołującego w aukcji elektronicznej, która odbyła się w dniu września 9 r., obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w szczególności zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu wpisu od odwołania oraz zwrotu innych kosztów, według rachunków, które zostaną złożone na rozprawie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz ofertę wykonawcy MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy MARAT Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (zwany dalej również: „Przystępującym”).

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S. A., Zakład Wsparcia Produkcji, Jastrzębie-Zdrój Szpital prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Dostawa oraz wymiana dwóch zestawów kół 4-linowych fi 5000 mm na wieży szybowej górniczego wyciągu szybowego zainstalowanego w przedziale północnym Szybu I JSW S.A. KWK Budryk w Ornontowicach”*.

Odwołujący dołączył do swojej oferty kosztorys ofertowy, w którym wskazał, że suma cen poz. 1 [*Opracowanie dokumentacji technicznej{...}*] i poz. 2 [*Opracowanie szczegółowej technologii wymiany{...}*] wynosi 440 000,00 PLN netto, co stanowi 5,87% ceny netto całej oferty MWM [7 490 000,00 PLN netto]. Zgodnie natomiast z §10 ust. 2 Umowy, *wynagrodzenie netto za wykonanie prac, przewidzianych w §1 ust 3 pkt 1 i 2 [poz. 1 i poz. 2 kosztorysu ofertowego MWM - przyp. własne] nie będzie przekraczało 5% łącznego wynagrodzenia netto; określonego w §1 ust 2 Umowy.*

W dniu 2.10.2019 roku Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na niezgodność treści oferty MWM z §10 ust. 2 Umowy, polegającą na określeniu sumy cen z poz. 1 i poz. 2 kosztorysu ofertowego na poziomie przekraczającym o 0,87% limit wynikający z §10 ust. 2 Umowy (5% ceny za całe zamówienie netto).

Słusznie zauważył Odwołujący, że reguła zgodnie z którą wartość wynagrodzenia netto za poz. 1 i poz. 2 kosztorysu ofertowego nie może przekroczyć 5% wynagrodzenia netto za cały przedmiot zamówienia została wyrażona w SIWZ w sposób nieprecyzyjny. Kluczowe jest, iż reguła ta została wyrażona przez Zamawiającego wyłącznie w dokumencie,

który nie służy do określania zasad kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia. Zamawiający wyraził ją bowiem wyłącznie w Umowie (stanowiącej Załącznik do SIWZ), natomiast nie ujął żadnej informacji w tym względzie w miejscach SIWZ, w których taka reguła winna być wyrażona. Po pierwsze, Zamawiający nie wyraził tej reguły w pkt 14 SIWZ - *Opis sposobu obliczenia ceny*, co jest miejscem koniecznym do tego, by Zamawiający wskazał w nim zasadę określającą limit wartości wynagrodzenia za poszczególne etapy realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodzić należało się również z Odwołującym, że Zamawiający nie wyraził tej reguły w Załączniku nr 3 do Formularza ofertowego - *Kosztorys*, który niewątpliwie jest innym dokumentem, w którym tego typu informacja powinna się znaleźć. Tak więc, Zamawiający nie sformułował ww. wymogu w miejscach dokumentacji do tego przeznaczonych, lecz ujął go wyłącznie w umowie, która - z istoty rzeczy nie służy kreowaniu reguł odnoszących się do sposobu prezentacji ceny w postępowaniu przetargowym, lecz wyłącznie umownych zasad realizacji zamówienia. Jeśli niniejsza reguła wyliczania ceny była dla Zamawiającego istotna to powinna znaleźć odzwierciedlenie w SIWZ *Kosztorys*.

Z uwagi zatem na to, że Zamawiający te okoliczności pominął i odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzut naruszenia tego przepisu i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za zasadny. Zgodzić należało się z Odwołującym, że Zamawiający pominął, iż niezgodność treści oferty Odwołującego z regułą określoną w §10 ust. 2 Umowy, polegająca na wskazaniu a poz. 1 i poz. 2 kosztorysu ofertowego MWM ceny przekraczającej o 0,87% limit wyznaczony przez Zamawiającego jest usuwalna, gdyż stanowiła inną niezgodność, której poprawa nie powoduje istotnej zmiany treści oferty, w więc podlegała poprawie w trybie określonym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brak było zatem podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia czynności zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej i przeprowadzenia aukcji z udziałem tego wykonawcy. Zgodzić należało się, że niezgodność z SIWZ, polegająca na określeniu w Kosztorysie ofertowym wynagrodzenia za poz. nr 1 i nr 2 na poziomie o 0,87% wyższym, niż limit określony przez Zamawiającego była omyłką, a nie celowym działaniem Odwołującego.

Niewątpliwie niniejsza niezgodność jest możliwa do poprawy przez Zamawiającego, gdyż sposób poprawy tej omyłki wynika wprost z §10 ust. 2 Umowy, zgodnie z którą: *wynagrodzenie netto za wykonanie prac przewidzianych w §1 ust 3 pkt 1 i pkt 2 nie będzie przekraczało 5% łącznego wynagrodzenia netto> określonego w §1 ust 2 umowy*. Identyfikacyjnie wskazała również Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 19 marca 2019 roku (KIO/KU 16/19). Podkreślono bowiem, że *poprawienia zaistniałej omyłki w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można też określić jako decyzji arbitralnej - jest ona obiektywnie zrozumiała i akceptowalna - wynikała też bezpośrednio z postanowienia*

*specyfikacji istotnych warunków zamówienia (§ 7 ust. 4 wzoru umowy: „wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 1% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust 1)”.*

Ponadto poprawa istniejącej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Zgodzić należało się z Odwołującym, że poprawa omyłki nie spowoduje żadnej zmiany w zakresie zaoferowanej ceny, a jedynie przesunięcie kwot pomiędzy pozycjami kosztorysu ofertowego, czyli dotyczyć będzie wyłącznie (i to nieznacznie z uwagi na niewielką wartość przekroczenia limitu wyznaczonego przez Zamawiającego) etapu rozliczeń w trakcie realizacji umowy. Ponadto punktem wyjścia – do dokonania poprawy niniejszej niezgodności - powinno być to, że wynagrodzenie powinno wynosić 5% tych dwóch spornych pozycjach, a nadwyżkę, należały przenieść do pozycji 3 i 4 kosztorysu (dostawy i scalenia oraz montażu łożyskowania zestawu kół 4-linowych oraz pozycji dotyczącej wymiany zestawu kół). W konsekwencji Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini a także powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym poprawienie innej omyłki z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ww. sposób.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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 z późn. zm.).

**Przewodniczący:**

.....