

Sygn. akt: KIO 794/13

WYROK
z dnia 22 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2013 r. przez **Odwołującego** – Axel Systemy Budowlane Sp. z o.o., ul. Goroszkiewicza 6-B101, 45-301 Opole, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – Gmina Niemodlin, ul. Bohaterów Powstań Śląskich 37, 49-100 Niemodlin,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – Axel Systemy Budowlane Sp. z o.o., ul. Goroszkiewicza 6-B101, 45-301 Opole i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Axel Systemy Budowlane Sp. z o.o., ul. Goroszkiewicza 6 - B101, 45-301 Opole, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] przez Gminę Niemodlin [Zamawiający]. Przedmiotem zamówienia jest „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej w Graczach.” Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy - Axel Systemy Budowlane Sp. z o.o. z Opola w tym postępowaniu naruszony został art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust.1 ustawy Pzp i art. 91 ust.1 ustawy Pzp a także art. 7 ust.1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, że Zamawiający w rozdziale III pkt 3 SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia wskazał na zastosowanie (jednego z dwóch) kotła niskotemperaturowego kondensacyjnego, jednakże przed składaniem ofert w dniu 1 marca 2013 r. dokonał zmiany treści SIWZ w zakresie opisu kotłowni olejowej. Zmiana ta dotyczyła przedmiotu zamówienia w zakresie zastosowania kotłów: jednego kondensacyjnego i jednego nie kondensacyjnego - na dwa kotły nie kondensacyjne. Zgodnie z tą zmianą i mając na uwadze postanowienie rozdziału IX pkt 6 specyfikacji, Odwołujący zaoferował kotły nie kondensacyjne, zgodnie z żądaniem Zamawiającego. Wykonawca podkreślił, że badając zgodność zaoferowanych przez Odwołującego urządzeń, Zamawiający przed stwierdzeniem ich niezgodności z treścią specyfikacji był zobowiązany do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Brak przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, które by wyjaśniło zastosowanie kotłów zgodnie ze zmianą treści SIWZ, spowodowało nie tylko naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ale również doprowadziło do wyboru oferty droższej o 118.375,88 zł. i tym samym nie najkorzystniejszej, co jest naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy. W konkluzji wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o dokonanie ponownej oceny oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przede wszystkim potwierdził, że w dniu 1 marca 2013 r. dokonał zmiany specyfikacji polegającej na dodaniu do dokumentacji technicznej [stanowiącej załącznik do siwz] Szczegółowego opisu urządzeń kotłowni. Dalej podał, że w treści tej modyfikacji powstał błąd skutkiem,

czego opis ten był sprzeczny z rozdziałem III pkt 3 specyfikacji i nie odpowiadał potrzebom i wymaganiom Zamawiającego. Z tego też względu - wskutek wyżej opisanego błędu - Zamawiający na podstawie art. 93 ust 1 pkt. 7 unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonał ponownej oceny ofert. W toku ponownej oceny ofert w dniu 11 kwietnia 2013 r. Zamawiający stwierdził, że ten niezamierzony przez Zamawiającego błąd spowodował, że trzech wykonawców złożyło oferty uwzględniające przebudowę kotłowni poprzez zamontowanie dwóch kotłów niskotemperaturowych, z których żaden nie był kotłem kondensacyjnym, a wykonawców - złożyło oferty, w których w przebudowie wymienionej kotłowni przewidzieli montaż kotłów niskotemperaturowych, z których jeden był kotłem kondensacyjnym. W konkluzji Zamawiający stwierdził, że przedmiot zamówienia w ww. zakresie został opisany przez Zamawiającego w sposób niejednoznaczny, z naruszeniem przepisu art. 29.ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia doprowadził do złożenia przez Wykonawców nieporównywalnych ofert, co uniemożliwia jednakową ocenę przedmiotu zamówienia w złożonych ofertach i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zgodnie z art.7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Usunięcie takiej wady na etapie badania ofert jest niemożliwe. Błąd w opisie przedmiotu zamówienia ma, zatem charakter nieusuwalny i ma wpływ na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Mając, zatem na uwadze powyższe, zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt, 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, uznając, że to postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą z kolei zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu w związku z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Tak jak stwierdziła Izba przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane, a ich wartość nie przekracza kwoty ustalonej – dla robót budowlanych - przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek

przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot [wartość zamówienia stanowi kwotę 1.979.138,82 zł, co stanowi równowartość 492.372,08 euro]. Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej reki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący w odwołaniu podniósł zarzut odrzucenia oferty wykonawcy z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazał również na naruszenie art. 87 ust.1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, oraz naruszenie art. 91 ust.1 ustawy Pzp, z uwagi na wybór oferty innego wykonawcy, która w okolicznościach sprawy nie mogła być uznana za najkorzystniejszą. Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania oraz dokonanie ponownej oceny oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Mając na uwadze wskazany art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w niniejszym postępowaniu odwoławczym, przedmiotem rozpoznania przez Izbę mógł być wyłącznie zarzut dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawcy.

Z ustaleń w sprawie, w tym z okoliczności przyznanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy, wynika, że wobec zmiany z dnia 1 marca 2013 r. postanowień specyfikacji [Szczegółowy opis urządzeń kotłowni - załącznik do specyfikacji] nie można uznać, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak jak przyznał Zamawiający, modyfikacja była skutkiem błędu, a to z kolei spowodowało, że opis przedmiotu zamówienia był sprzeczny z rozdziałem III pkt 3 specyfikacji i nie odpowiadał potrzebom i wymaganiom Zamawiającego. Tym samym podnoszony przez wykonawcę zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp jest zasadny. Jednakże wydając rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie Izba z urzędu zobowiązana była mieć na uwadze dyrektywę określoną art. 192 ust.2 ustawy Pzp. Zgodnie, z tym przepisem

odwołanie podlega uwzględnieniu, tylko – w okolicznościach niniejszej sprawy - w przypadku, jeżeli stwierdzone naruszenie przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tak jak ustaliła Izba, Zamawiający – w przedmiotowym postępowaniu - unieważnił - zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt, 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp - postępowanie o udzielenie zamówienia, uznając, że to postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ta czynność z uwagi na powołany przepis art. 180 ust.2 ustawy Pzp nie mogła być skutecznie zaskarżona przez wnoszącego odwołanie wykonawcę, jak i innych uczestników.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....