

Sygn. akt: KIO 1915/10

WYROK
z dnia 17 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ireneusz Tercjak, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MARGO” Ireneusz Tercjak, 07 – 411 Ławy, Rzekuń, ul. Składowa 2** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Troszyn, 07 – 405 Troszyn, ul. Słowackiego 13**

orzeka:

1. Uwzględnienie odwołanie

i nakazuje:

- 1) **unieważnienie czynności odrzucenia oferty oraz**
- 2) **powtórzenie czynności oceny oferty, spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Ireneusza Tercjaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MARGO” Ireneusz Tercjak**

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Troszyn, 07 – 405 Troszyn, ul. Słowackiego 13

i nakazuje:

- 1) **zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr**

(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Ireneusza Tercjak prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MARGO” Ireneusz Tercjak,**

2) dokonać wpłaty kwoty 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Gminę Troszyn, 07 – 405 Troszyn, ul. Słowackiego 13** na rzecz **Ireneusza Tercjak prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „MARGO” Ireneusz Tercjak,** stanowiącej uzasadnione koszty strony 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce.**

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Troszyn – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa indywidualnych przydomowych oczyszczalni ścieków”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 czerwca 2010 r. pod numerem 187410-10.

W dniu 1 września 2010 roku zamawiający powiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty, a także o wyborze oferty EMKAN-PRO Krzysztof Murawski jako oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż treść oferty odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie określonym w Rozdziale 3 pkt 8, i podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Rozdział 3 pkt 8 SIWZ stanowi, że „Wszystkie nazwy własne materiałów i urządzeń użyte w dokumentacji projektowej są podane przykładowo i określają jedynie minimalne oczekiwane parametry jakościowe oraz wymagany standard. Wykonawca może zastosować urządzenia lub materiały równoważne lecz o parametrach technicznych i jakościowych takich samych lub lepszych, a zastosowanie ich w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań technicznych.

Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne jest obowiązany wykazać w swojej ofercie, że oferowane przez niego rozwiązania spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W przypadku złożenia ofert równoważnych należy dołączyć:

- Wykaz urządzeń równoważnych stanowiący załącznik nr 12
- Dane techniczne i aprobaty techniczne dla materiałów i urządzeń równoważnych, zawierające ich parametry techniczne.”

Odwołujący twierdzi, iż złożył ofertę o treści zgodnej z wymaganiami zamawiającego i z treścią SIWZ. Nie zaproponował zastosowania urządzeń, ani materiałów równoważnych, lecz zaproponował przedmiot zamówienia zgodny z dokumentacją projektową, przedmiarami robót i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót (STWiOR).

W wyjaśnieniach odwołujący przyznaje, że brał pod uwagę możliwość zaproponowania rozwiązań równoważnych i nawet zaczął gromadzić dokumenty na potwierdzenie spełnienia wymagań technicznych i innych przez ewentualne równoważne materiały, czy urządzenia. Jednak w efekcie Odwołujący odstąpił od pomysłu zaproponowania rozwiązań równoważnych i przygotował oraz złożył do Zamawiającego ofertę, w której zaproponował przedmiot zamówienia i sposób wykonania, a także wycenę robót, materiałów i urządzeń zgodnie z dokumentacją projektową, przedmiarami robót i STWiOR. Pracownik odwołującego przygotowujący ostatecznie ofertę powpinał do dokumentacji ofertowej foldery reklamowe i opisy materiałów i urządzeń, które już zostały pozyskane w związku z niedoszłym zamiarem zaproponowania rozwiązań równoważnych. Ten sam pracownik czytając załączniki do SIWZ, potraktował załącznik nr 12 jako wykaz urządzeń, które będą używane przy realizacji zamówienia. Wypełnił wykaz poprzez wpisanie urządzeń, które będą używane przy realizacji zamówienia i załączył do oferty. Błąd pracownika, ze względu na brak obowiązku załączania wykazu maszyn i urządzeń, spowodował, że w ofercie znalazł się zbędny dokument, a także zbędne foldery. Taka sytuacja wywołała nieporozumienie.

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z ppkt 3 pkt 9.4 Rozdziału 9 oraz pkt 23.4 Rozdziału 23 SIWZ, wykonawca powinien załączyć do oferty szczegółowe kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie przedmiarów robót, projektów wykonawczych (rysunków wykonawczych) i STWiOR. Odwołujący takie właśnie kosztorysy załączył do oferty oraz określił ceny jednostkowe na wszelkie roboty wymienione w przedmiarach robót, uwzględniające wytyczne zawarte w STWiOR oraz dokumentacji. Te fakty, zdaniem odwołującego świadczą, iż przedstawił swoją ofertę zgodnie z wymaganiami SIWZ, na przedmiot zamówienia określony w SIWZ i dokumentacji projektowej i nie proponował urządzeń ani materiałów równoważnych. Odwołujący podkreśla, iż załączenie do oferty dokumentów nie wymaganych przez Zamawiającego może stanowić co najwyżej o błędzie formalnym oferty.

Zdaniem odwołującego, jeśli Zamawiający powziął wątpliwości co do treści oferty, wobec zbędnych dokumentów załączonych do oferty, to winien był wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu, że czynności: odrzucenie oferty odwołującego oraz wybór oferty wykonawcy EMKAN-PRO Krzysztof Murawski w Zambrowie jako najkorzystniejszej, dokonane zostały z naruszeniem przepisów Ustawy i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej SIWZ) w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wskazał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Ustawy, a także postanowienia SIWZ: pkt 8 Rozdział 3 („Opis przedmiotu zamówienia”), ppkt 3 pkt 9.4 Rozdział 9 („Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w niniejszym postępowaniu oraz inne dokumenty”), pkt 23.4 i 23.6 Rozdział 23 („Opis sposobu obliczenia ceny”) i pkt 30.1 Rozdział 30 („Wybór oferty i zawiadomienie o wyniku postępowania”).

Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:

- 1) dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy EMKAN-PRO Krzysztof Murawski jako najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) dokonanie ponownego badania ofert z udziałem oferty Odwołującego;
- 4) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Potwierdzenie okoliczności, iż Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, oznaczałoby dla Odwołującego uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy złożyli oferty zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wyrażonym w całej dokumentacji projektowej i zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Wykonawcy mieli również możliwość złożenia ofert równoważnych. Zgodnie z pkt 8 rozdziału 3 SIWZ, wykonawca, który sporządza ofertę równoważną miał obowiązek załączyć wypełniony załącznik nr 12, tj. wykaz oferowanych urządzeń równoważnych, a oprócz tego załączyć odpowiednie aprobaty i dane techniczne dla oferowanych materiałów i urządzeń równoważnych, które będą zawierały parametry techniczne.

Zamawiający nie umożliwił wykonawcom wskazania w treści oferty (np. w formularzu ofertowym), czy złożona oferta obejmuje swym zakresem wyłącznie zadania i urządzenia określone przez zamawiającego, czy obejmuje zadania i urządzenia równoważne w stosunku do tych, które są wymienione w dokumentacji projektowej.

W niniejszej sprawie wykonawca wypełnił kosztorys ofertowy zgodnie z wymaganiami zamawiającego, oferując tym samym w swojej ofercie zakres zadań i urządzeń zgodny z treścią dokumentacji projektowej zamawiającego. Dodatkowo załączył kilka folderów i aprobat oraz wypełniony załącznik nr 12. Jednak w załączniku nr 12 wykonawca wymienił sprzęt, którym dysponuje – tj. koparkę oraz samochody. Nietrudno się zorientować, iż nie były to urządzenia stanowiące przedmiot zamówienia – z zakresu branży budowlanej, oczyszczalni ścieków. Jak przyznaje sam wykonawca, były to urządzenia, jakimi wykonawca dysponuje, nie zaś urządzenia stanowiące przedmiot zamówienia. Zatem treść tego dokumentu nie wskazywała na zaoferowanie urządzeń równoważnych. Zamawiający mógł powziąć wątpliwość co do załączonych do oferty aprobat technicznych.

Nie ulega więc wątpliwości, iż zamawiający w takim przypadku powinien był wyjaśnić treść oferty, w szczególności w niniejszym przypadku, gdy miał wątpliwości co do jej treści.

Wbrew twierdzeniu zamawiającego, wyjaśnienia dotyczą treści oferty. Stanowią uprawnienie zamawiającego, nie obowiązek. Zamawiający w trakcie rozprawy przyznał, iż nie wyjaśniał treści oferty, gdyż mimo udzielonych wyjaśnień, oferta podlegałaby odrzuceniu. Zamawiający powoływał się na przepisy prawa stanowiące podstawę odrzucenia oferty, jednak nie potrafił przytoczyć żadnego przepisu na potwierdzenie swojej tezy. Jak ustaliła Izba, Zamawiający myli instytucję wyjaśniania treści oferty, o której mowa w art. 87 ustawy, z czynnością uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o której mowa w art. 26 ust. 3; dokumenty stanowiąc mają potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ustawa nie uzależnia instytucji wyjaśniania treści oferty, stanowi jedynie, że niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Art. 26 ust. 3 stanowi, iż Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe

pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba, że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Art. 87 ustawy stanowi, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zamawiający zatem w niniejszej sprawie powinien był wyjaśnić treść oferty. Dopiero w dalszej kolejności mógł podjąć decyzję, czy dokumenty i oświadczenia będą podlegały uzupełnieniu, czy też oferta będzie podlegała odrzuceniu.

Ponadto podkreślić należy, iż w niniejszej sprawie zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu ofert nie wskazał na jakąkolwiek przyczynę, dla której oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu.

Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zobowiązuje zamawiającego, niezwłocznie po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, do zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Jak wielokrotnie podkreślano w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, powyższy obowiązek zamawiającego wiąże się z zasadą jawności postępowania, zasadą zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ma na celu zapewnienie wykonawcom możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Należy podkreślić, że stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, nie wprowadzający w błąd, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek odrzucenia oferty i skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania.

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie, w przypadku wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty, aby umożliwić wykonawcy obronę, zamawiający był zobowiązany wskazać, w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji, wszystkie okoliczności, które jego zdaniem uzasadniają czynność odrzucenia. Tylko takie wskazanie Zamawiającego mogło umożliwić wykonawcy pełne odniesienie się do konkretnych przesłanek odrzucenia oferty i skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania. Tylko takie bowiem wskazanie Zamawiającego stwarza wykonawcy możliwość ewentualnego odniesienia się odpowiednio do każdej z okoliczności.

Jak wskazano powyżej, obowiązkiem zamawiającego jest jasne sformułowanie zarówno podstawy faktycznej i prawnej, na której dokonano odrzucenia oferty. W niniejszej sprawie konsekwencją nieprawidłowego powiadomienia i niepełnego podania podstaw odrzucenia oferty, był fakt, iż odwołujący nie mógł w odwołaniu odnieść się do zarzutów, które zamawiający sformułował względem oferty odwołującego. O dodatkowych przyczynach odrzucenia oferty (w ograniczonym zakresie) Odwołujący dowiedział się dopiero podczas trwania rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Izba nie może orzekać do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zamawiający winien powtórzyć czynność oceny oferty wykonawcy odwołującego, a w przypadku, gdy po dokonaniu wszelkich czynności przewidzianych prawem, tj. sprawdzenia, wyjaśnienia lub ewentualnego uzupełnienia dokumentów w ofercie okaże się, iż oferta podlega odrzuceniu, winien dokonać powiadomienia z przytoczeniem wszelkich podstaw faktycznych i prawnych, w celu umożliwienia wykonawcy ustosunkowania się do każdego z zarzutów i każdej okoliczności.

Ponadto Izba zauważa, iż treść zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert z dnia 31 sierpnia 2010 r. również budzi uzasadnione wątpliwości. Zamawiający nie może zdecydować się, dlaczego uznał, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu. W treści zawiadomienia wskazuje na niewłaściwie wypełniony załącznik nr 12 – wykaz zaoferowanych urządzeń równoważnych, zaś podczas rozprawy zamawiający powołuje się na załączone aprobaty, które ewentualnie mogłyby wskazywać na równoważne rozwiązania zaproponowane w ofercie odwołującego.

Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, Izba nie nakazała unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak czynności tej winien dokonać Zamawiający wykonując niniejszy wyrok. Izba wskazuje przy tym, iż unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego oznacza konieczność dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału oraz badania i oceny ofert w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy nie zostali skutecznie wykluczeni lub których oferty nie zostały skutecznie odrzucone, z uwzględnieniem złożonej przez odwołującego oferty.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....