

Sygn. akt: KIO/UZP 175/09

**WYROK**  
**z dnia 27 lutego 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek**  
**Anna Majstrowicz**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie\* w dniu ~~w dniach~~\* 27 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Dariusza Drapałę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe DARIMEX, 21-500 Biała Podlaska, ul. Janowska 56** od braku rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (PGNiG S.A.), 01-224 Warszawa, ul. Marcina Kasprzaka 25** protestu ~~protestów~~\* z dnia 23 stycznia 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Dariusza Drapałę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe DARIMEX, 21-500 Biała Podlaska, ul. Janowska 56 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Dariusza Drapałę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe DARIMEX, 21-500 Biała Podlaska, ul. Janowska 56,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **1 557 zł 00 gr** (słownie: tysiąc pięćset pięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Dariusza Drapałę Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe DARIMEX, 21-500 Biała Podlaska, ul. Janowska 56** na rzecz **Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. (PGNiG S.A.), 01-224 Warszawa, ul. Marcina Kasprzaka 25**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Dariusza Drapały Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe DARIMEX, 21-500 Biała Podlaska, ul. Janowska 56**

### **U z a s a d n i e n i e**

W odwołaniu wniesionym w piśmie z dnia 12 lutego 2009 r. Wykonawca – Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe DARIMEX Dariusz Drapała z Białej Podlaskiej [Odwołujący] podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. [PGNiG S.A.] art. 7 ust.1 i 3 i art. 89 ust.1 pkt 1 oraz art. 91 ust.1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm.) [ustawa PZP] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zakup środków transportu dla Centrali, Oddziałów Obrotu Gazem i Oddziału w Odolanowie Spółki PGNiG S.A. (dostawa) - część II, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku zarówno podstawy faktycznej jak i prawnej oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty firmy M. i R. PRASEK Sp. J. z siedzibą w Radomiu, która taką nie jest w rozumieniu ww. przepisów ustawy, albowiem gdyby zamawiający nie odrzucił oferty firmy PHU DARIMEX Dariusz Drapała, to ta oferta ze względu na zaoferowaną cenę, uzyskałaby status oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż Zamawiający w piśmie datowanym na dzień 19 stycznia 2009 r., informując PHU DARIMEX Dariusz Drapała o rozstrzygnięciu ww. postępowania (w zakresie części II) podał, iż dokonał odrzucenia oferty PHU DARIMEX

Dariusz Drapała w trybie art. 82 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz wybrał jako najkorzystniejszą ofertę firmy M. i R. PRASEK Sp. J. z siedzibą w Radomiu. Obie te decyzje – w ocenie Wykonawcy - stoją w jawnej sprzeczności z zasadami określonymi w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych obligujących do prowadzenia procedury zamówienia publicznego zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W uzasadnieniu merytorycznym, dotyczącym powodów odrzucenia oferty, Wykonawca uznaje, iż Zamawiający lakonicznie stwierdził, iż jej odrzucenie jest wynikiem składanych w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy wyjaśnień i uzupełnień, i w konsekwencji nowej "poprawionej" oferty. Dalej Wykonawca wywodzi, że jest to niezgodne z prawdą, gdyż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, firma PHU DARIMEX Dariusz Drapała, złożyła jedynie, w oparciu o formę formularza ofertowego z SIWZ, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia oraz uzupełnienia. W żadnym zatem wypadku, zamawiający nie może uznać, że doszło ze strony Wykonawcy do skutecznego, a tym samym ważnego złożenia nowej, poprawionej oferty przetargowej, a to dlatego gdyż, zarówno w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 84 ust. 1 i 2) jak i ugruntowanej opinii zarówno doktryny jak i orzecznictwa KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, wykonawca nie może skutecznie, po upływie terminu do składania ofert, ani wycofać się ze złożonej oferty, ani tym bardziej dokonać zmian w jej treści, czy to poprzez składane wyjaśnienia czy też złożenie nowej oferty. Jeżeli nawet przyjąć, że wykonawca po upływie terminu składania ofert podejmuje próbę złożenia kolejnej, nowej oferty przetargowej w tym samym postępowaniu, to zgodnie z dyspozycją wynikającą z art. 84 ust. 2 ustawy jedyną możliwą do zastosowania sankcją jest uznanie tej nowej oferty za nieskuteczną, nie zaś odrzucenie pierwotnie prawidłowo złożonej oferty przetargowej.

Z uwagi na powyższe Wykonawca domaga się nakazania Zamawiającemu: unieważnienia decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej w części II (pakiet) ww. postępowania oferty firmy M. i R. PRASEK Sp. J. z siedzibą w Radomiu, a także unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty PHU DARIMEX Dariusz Drapała w części II ww. postępowania oraz dokonania powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w części II ww. postępowania z uwzględnieniem oferty PHU DARIMEX Dariusz Drapała.

Rozpatrując wniesione odwołanie Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W dniu 13 listopada 2008 roku (ogłoszenie – S221 – Wspólnoty Europejskie) Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. wszczęło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup środków transportu dla Centrali, Oddziałów Obrotu Gazem i Oddziału w Odolanowie Spółki PGNiG S.A.”

(ZP/2008/090/CS/OC), przewidując w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwanej „SIWZ”) możliwość składania ofert częściowych na poszczególne części zamówienia. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia [SIWZ] została zatwierdzona w dniu 7 listopada 2008 r. W załączniku nr 3 do SIWZ ustalono formularz oferty, a w załączniku nr 1 do formularza oferty – formularz cenowy (dowód: SIWZ zatwierdzona w dniu 7.11.2008r. przez dyrektora biura zakupów – Ryszarda Dudusia). Niniejsza SIWZ została opublikowana na stronie internetowej pod adresem:www.pgnig.pl (zgodnie z informacją zawartą w załączniku A do Ogłoszenia o zamówieniu z dnia 13 listopada 2008 r.).

Pismem z dnia 3 grudnia 2008 r. Zamawiający dokonał zmiany treści załączników, w tym załącznika nr 3 (Formularz oferty). Zmiany w zakresie wymienionego załącznika nr 3 polegały na włączeniu wymienionego powyżej formularza cenowego do treści formularza oferty (pkt 1 formularza oferty – warunki cenowe), a w pkt 2 formularza oferty w lit. a wymagano, aby część II – której dotyczy spór – obejmowała również dodatkowo trzy samochody przedstawiane w ofercie i spełniające wymagania techniczne określone w załączniku nr 1 do SIWZ, do których nabycia byłby Zamawiający uprawniony (odrębnie) po cenie jednostkowej wskazanej w tabeli na warunkach określonych w SIWZ.

Niniejsze zmiany (zatwierdzone w dniu 3.12. 2009 r. przez dyrektora biura zakupów – Ryszarda D. – pismo w aktach sprawy) opublikowane zostały na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem wyżej wskazanym (zgodnie z załącznikiem A do Ogłoszenia) . Jak ustaliła Izba postanowienie w zakresie pkt 2 było wymaganiem dodatkowym związanym ściśle z przedmiotem zamówienia w części II, którego SIWZ zatwierdzona w dniu 7 listopada 2008 r. nie uwzględniała.

W dniu 15 grudnia 2008 r. ofertę na wykonanie w części II przedmiotu zamówienia złożyło Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe DARIMEX Dariusz Drapała, która to oferta - jak ustaliła Izba - nie zawierała wszystkich informacji wymaganych w zmodyfikowanym formularzu oferty opisanym powyżej. Na podstawie oświadczeń Wykonawcy ustalono, iż w tej części przedstawiona oferta została przygotowana w oparciu o formularz oferty stanowiący załącznik do SIWZ zatwierdzony w dniu 7 listopada 2008 r.

Izba ustaliła również, że w ofercie przedłożonej w dniu 15 grudnia 2008 r. znajduje się wymagane w SIWZ aktualne zaświadczenia ZUS o nie zaleganiu w opłacaniu składek przez wykonawcę, co potwierdził również w toku rozprawy Zamawiający .

Jednocześnie Izba stwierdziła rozbieżności między załącznikiem - Wykaz wykonanych dostaw, a złożonymi referencjami, które w dacie złożenia oferty mogły wskazywać na nie spełnianie warunku opisanego w pkt 4.1. lit.d SIWZ wymaganego dla części II dostawy.

W toku rozprawy na podstawie oświadczeń stron i okazanej dokumentacji oraz akt odwoławczych Izba potwierdziła, że Zamawiający pismem z dnia 29 grudnia 2008 roku wezwał DARIMEX do uzupełnienia oferty o brakujące dokumenty oraz do udzielenia wyjaśnień - w terminie do dnia 8 stycznia 2009 roku – poprzez:

- 1) uzupełnienie oferty o oświadczenie zgodne z wzorem formularza ofertowego o poniżej podanej treści: "oferujemy realizację zamówienia zgodnie ze wszystkimi przedstawionymi przez nas dokumentami. Oferta na część II obejmuje również dodatkowe 3 (trzy samochody) -przedstawione w ofercie i spełniające wymagania techniczne określone w załączniku nr 1 do SIWZ, które to samochody Zamawiający uprawniony jest nabyć po cenie jednostkowej wskazanej powyżej w tabeli, na warunkach określonych w SIWZ.";
- 2) uzupełnienie oferty o aktualne zaświadczenia oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych;
- 3) wyjaśnienie rozbieżności między Załącznikiem - Wykaz wykonanych dostaw, a złożonymi referencjami, w zakresie kwot, a jeżeli w związku z powyższym konieczna okazałaby się zmiana wykazu dostaw bądź referencji uzupełnienie oferty o te dokumenty zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ;
- 4) wyjaśnienie do części II w zakresie zapisów Formularza parametrów technicznych, w zakresie dotyczącym samochodu marki Fiat typ Croma.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, w dniu 8 stycznia 2009 roku (przy piśmie z dnia 7 stycznia 2009 r.) DARIMEX złożył dokument zatytułowany: "Oferta na zakup środków transportu do Centrali, Oddziałów Obrotu Gazem i Oddziału w Odolanowie Spółki PGNiG. Część II.", opatrzony datą 7 stycznia 2009 r., w którym w pkt 1 zawarł oświadczenie na okoliczność dostawy dodatkowo trzech samochodów zgodnie z wymaganiami wynikającymi ze zmienionej SIWZ w dniu 3 grudnia 2008 r. Do pisma z dnia 7 stycznia 2009 r. DARIMEX załączył również formularz cenowy (przy czym cena została określona na jednakowym poziomie jak w przypadku oferty z dnia 15 grudnia 2008 roku), a ponadto:

- 1) wykaz wykonanych dostaw - sporządzony przez Odwołującego w dniu 7 stycznia 2009 r., obejmujący korektę w zakresie dotychczas wykonanych dostaw, objętych ofertą z dnia 15 grudnia 2008 r. oraz uwzględniający inne dotychczas wykonane dostawy, łącznie na wartość dostaw dla II części na kwotę przekraczającą 480.000 zł;
- 2) listy referencyjne;
- 3) dokumenty uzyskane w Urzędzie Skarbowym właściwym dla Odwołującego, stanowiące potwierdzenie zgłoszenia rejestracyjnego podatnika podatku od towarów i usług oraz akcyzowego oraz decyzję w sprawie nadania numeru NIP;
- 4) zaświadczenie o nie zaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń

Pracowniczych - aktualne na dzień 31 grudnia 2008 roku;

- 5) zaświadczenie z ewidencji działalności gospodarczej dotyczące Pana Dariusza Drapały - prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe "DARIMEX" - aktualne na dzień 7 stycznia 2009 roku oraz
- 6) żądane wyjaśnienia w zakresie opisanym powyżej stosownie do pisma z dnia 29 grudnia 2008 r.

Dokonując oceny ofert w zakresie objętym częścią II przedmiotu zamówienia - Zamawiający wybrał - jako najkorzystniejszą - ofertę złożoną przez M. i R. Prasek sp. j. z siedzibą w Radomiu. Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę firmy DARIMEX, na podstawie art. 82 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, uznając, że Wykonawca po wezwaniu do złożenia wyjaśnień do oferty z dnia 15 grudnia 2008 r. złożył jeszcze jedną, poprawioną ofertę. O wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego się Zamawiający poinformował oferentów pismem z dnia 19 stycznia 2009 roku. W dniu 23 stycznia 2009 roku DARIMEX wniósł protest na czynność odrzucenia oferty złożonej na wykonanie części II przedmiotu zamówienia oraz wyboru dla tej części jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy M. i R. Prasek z siedzibą w Radomiu. W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy i art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 5 Prawa zamówień publicznych i wniósł o unieważnienie decyzji Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie części II Przedmiotu Zamówienia oferty firmy M. i R. Prasek sp. j. z siedzibą w Radomiu, unieważnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty DARIMEX w zakresie części II Przedmiotu Zamówienia i powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części II Przedmiotu Zamówienia. Niniejszy protest nie został rozstrzygnięty, a zatem – wobec treści art. 183 ust. 3 ustawy - został oddalony jako bezzasadny z upływem określonego ustawą terminu na jego rozstrzygnięcie. W odwołaniu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych powtórzono zarzuty i argumentację podniesione uprzednio w proteście.

Mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zarzuty dotyczące bezpodstawności odrzucenia oferty są bezzasadne, a zatem odwołanie podlega oddaleniu.

Jak ustaliła Izba przedmiotem zamówienia w części II była dostawa fabrycznie nowych środków transportu, nie starszych niż wyprodukowanych w 2008 r., realizowana w ośmiu częściach szczegółowo opisanych w załączniku nr 1 do SIWZ. W załączniku nr 1 – część II segment „D” Zamawiający podał, iż w ramach tej części dostawa dotyczy 16 samochodów i wskazał wymagane kryteria techniczno-wyposażeniowe. Analogicznie

przedmiot zamówienia dla tej części został zdefiniowany w załączniku nr 1 (formularz cenowy) do Formularza oferty stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ z dnia 7 listopada 2008 r. Następnie w piśmie z dnia 3 grudnia 2008 r. dokonał modyfikacji przedmiotu zamówienia, wskazując, że w części II wymaga dostawy 16 samochodów oraz dodatkowo 3, co do których Zamawiający zastrzega uprawnienie ich nabycia po cenie jednostkowej wskazanej w ofercie, na warunkach określonych w SIWZ.

Tak jak wskazano oferta Wykonawcy złożona w dniu 15 grudnia 2008 r. dotyczy wyłącznie dostawy 16 samochodów. To oznacza, iż Wykonawca nie uwzględnił modyfikacji w zakresie przedmiotu zamówienia, wynikającej ze zmiany zawartej w piśmie z dnia 3 grudnia 2008 r. Tym samym treść tej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, a to z kolei powoduje konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 PZP.

Fakt skierowania w dniu 29 grudnia 2008 r. wezwania do złożenia wyjaśnień i oświadczenia w spornym zakresie nie mógł – wobec treści art. 87 ust.1 PZP - prowadzić w konsekwencji do zmiany treści oferty. Zmiana bowiem dotyczyłaby zakresu przedmiotu zamówienia nie ujętego w ofercie, a zatem byłaby zmianą niedopuszczalną. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zawartym w odpowiedzi na odwołanie, brak było podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 PZP, z powodu złożenia uzupełnionego formularza ofertowego o oświadczeniu co do gotowości dostawy również dodatkowych trzech samochodów, wymaganych zmodyfikowaną SIWZ i przyjęcia, że Wykonawca złożył dwie różne oferty. Jednakże w ocenie składu orzekającego okolicznością rozstrzygającą dla odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 PZP była niezgodność oferty odwołującego się Wykonawcy - złożonej w dniu 15 grudnia 2008 r. - z treścią specyfikacji w zakresie przedmiotu zamówienia wymaganego w tym postępowaniu dla części II. Co prawda wezwanie Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2008 r. w tym zakresie było nieuprawnione, jednakże fakt skierowania tego wezwania do Wykonawcy nie mógł sanować wady oferty polegającej na nieujęciu przez Wykonawcę w ofercie pełnego zakresu wymaganego dla części II przedmiotu zamówienia, a ewentualne uwzględnienie oświadczenia Wykonawcy prowadziło do naruszenia art. 87 ust.1 PZP.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy PZP. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego uznając za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i koszty dojazdu w kwocie 1 557, 00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*