

Sygn. akt KIO/UZP 521/10

**WYROK**  
z dnia 23 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Bartczak - Żuraw

**Członkowie:** Lubomira Matczuk - Mazuś

Barbara Bettman

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jarosława Węgrzyna, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WĘGRZYN & Syn Przedsiębiorstwo Budowlane Jarosław Węgrzyn, 10 – 072 Olsztyn, ul. Szarych Szeregów 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Dywity, 11 – 001 Dywity, ul. Olsztyńska 32**, protestu z dnia 9 marca 2010 r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie;**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Dywity, 11 – 001 Dywity, ul. Olsztyńska 32 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Jarosława Węgrzyna, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WĘGRZYN & Syn Przedsiębiorstwo Budowlane Jarosław Węgrzyn, 10 – 072 Olsztyn, ul. Szarych Szeregów 5,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Dywity, 11 – 001 Dywity, ul. Olsztyńska 32** na rzecz **Jarosława Węgrzyna, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WĘGRZYN & Syn Przedsiębiorstwo Budowlane Jarosław Węgrzyn, 10 – 072 Olsztyn, ul. Szarych Szeregów 5** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jarosława Węgrzyna, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WĘGRZYN & Syn Przedsiębiorstwo Budowlane Jarosław Węgrzyn, 10 – 072 Olsztyn, ul. Szarych Szeregów 5.**

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

Dnia 22 stycznia 2010 r. - Zamawiający – Gmina Dywity – wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na zadanie pn. „Budowa i wyposażenie świetlic wiejskich w Barkwedzie, Gadach, Spręcowie, gmina Dywity”, o wartości szacunkowej mniejszej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Wartość szacunkowa zamówienia według kosztorysu inwestorskiego na 3 części zamówienia wynosiła łącznie 1.348.013,32 zł netto, co stanowi 351.136,58 euro. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 22 stycznia 2010 r. pod nr 19640-2010.

Odwołującym w niniejszej sprawie jest Jarosław Węgrzyn, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WĘGRZYN & Syn Przedsiębiorstwo Budowlane Jarosław Węgrzyn, 10 – 072 Olsztyn, ul. Szarych Szeregów 5 (dalej Odwołujący).

Zamawiający pismem z dnia 2 marca 2010 r. doręczonym Odwołującemu - w dniu 4 marca 2010 r. powiadomił Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części trzeciej, jak również o wykluczeniu Odwołującego z postępowania przetargowego i odrzuceniu jego oferty. Zamawiający jako podstawę prawną wykluczenia wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, uznając jednocześnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ofertę za odrzuconą. Zamawiający podniósł również, iż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadniając swoją decyzję, Zamawiający wskazał, że dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zostały złożone w jednym komplecie i zakwalifikowane zostały jako prawidłowe do pierwszej części zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że Odwołujący nie załączył kompletu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie trzeciej części zamówienia, a ponadto jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ). Formularz ofertowy wypełniony został na trzy części zamówienia łącznie, co uniemożliwia wyodrębnienie pojedynczej oferty na trzecią część zamówienia, dołączenie oferty do umowy jako załącznika, jak również prawidłowe rozliczenie inwestycji w dalszym toku postępowania.

Na powyższe rozstrzygnięcie w dniu 9 marca 2010 r. został złożony przez Odwołującego protest dotyczący trzeciej części zamówienia, w którym Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem i stanem faktycznym podjęcie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty (uznania oferty za odrzuconą), jak również zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Podnosił również, że oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jest zgodna z SIWZ. Dodatkowo Odwołujący argumentował, że dokonując wyboru oferty z ceną wyższą niż oferowana przez Odwołującego, wobec przyjętego kryterium ceny - 100%, oraz faktu, iż Odwołujący nie podlegał wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu, Zamawiający naruszył również postanowienia art. 7 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający podał jako podstawę prawną wykluczenia Odwołującego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, równocześnie w uzasadnieniu odwołując się

do złożonych w jednym komplecie dokumentów związanych ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu. Podstawa prawna została podana wadliwie, ponieważ art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp dotyczy braku wadium, a przedstawione uzasadnienie odpowiada treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący argumentował, że w ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający dopuścił złożenie ofert częściowych dla poszczególnych trzech części zamówienia. Według Odwołującego istotą prowadzonego zamówienia publicznego jest to, iż prowadzone jest w ramach jednego postępowania z podziałem na trzy części zamówienia. Oznacza to, iż wykonawcy ubiegający się o zamówienie nie są zobligowani do składania trzech odrębnych niezależnych ofert przetargowych zawierających odrębne dokumenty dla każdej części w zakresie wykazania się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu. Wystarczającym jest, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, złożenie jednej oferty wraz z jednym kompletem dokumentów na trzy części zamówienia z wykazaniem ceny oraz dodatkowo załączonych kosztorysów ofertowych odpowiadających każdej części zamówienia. Odwołujący podnosił, że wykluczenie z postępowania wykonawcy ze wskazaniem na brak dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym konkretnym przypadku nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego. Zamawiający, jak sam stwierdził w rozstrzygnięciu postępowania, dysponował dokumentami potwierdzającymi spełnienie wymagań stawianych wykonawcom, a w sposób niezrozumiały zakwalifikował je w sposób samodzielny i nieuprawniony wyłącznie do pierwszej części postępowania. Czynność taka, w opinii Odwołującego, nie znajduje jakiegokolwiek oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Odwołujący wskazywał na ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie wskazanym powyżej oraz odnoszącym się do obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Czynność Zamawiającego wykluczenia z postępowania Odwołującego była zatem bezprawna oraz w sposób rażąco naruszała przepisy prawa. Odwołujący wskazywał, że w treści oferty zawarł niezbędne dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym ogłoszeniem i treścią SIWZ.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosił, iż w postępowaniu oferta złożona dla każdej części zamówienia, a w szczególności w zakresie części trzeciej nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Złożona oferta jest zgodna z treścią

SIWZ oraz zawiera niezbędne i wymagane przez Zamawiającego jej elementy, w tym określenie ceny dla części trzeciej zgodnie z postawionymi wymaganiami. Zamawiający nie narzucił szczegółowej formy składania ofert częściowych, a nie można uznać, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, o ile wykonawca, składając ofertę na trzy części zamówienia, wskazał w treści druku oferty łączną sumę cen dla poszczególnych części zamówienia, jednocześnie wyodrębniając cenę dla każdej z części zamówienia. Złożona oferta zawiera wymagane kosztorysy ofertowe sporządzone zgodnie z wymaganiami Zamawiającego dla każdej części zamówienia odrębnie. Potwierdzeniem powyższego faktu jest wskazanie przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu postępowania dla części trzeciej ceny oferowanej przez Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący żąda:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części trzeciej,
- 2) unieważnienia czynności Zamawiającego w zakresie wykluczenia z postępowania Odwołującego,
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 4) przeprowadzenia powtórnego badania / oceny ofert z udziałem Odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na zasadach określonych ustawą Pzp.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie, tym samym należy uznać, iż protest został przez niego oddalony. W dokumentacji brak jest informacji, czy Zamawiający poinformował innych wykonawców o wniesieniu protestu oraz wezwał ich do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Informacji w tym zakresie nie posiadał również pełnomocnik Zamawiającego reprezentujący go na rozprawie. Dnia 24 marca 2010 r. Odwołujący złożył odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w proteście. W odwołaniu wskazał dodatkowo na okoliczność, że w jego ocenie Zamawiający, biorąc pod uwagę treść art. 7 ustawy Pzp, w szczególności ust. 1 tego przepisu oraz mając na uwadze dbałość o środki publiczne i uniknięcie zawarcia umowy obciążonej wadą, która to z mocy art.146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp będzie nieważna, obowiązany jest do powtórzenia czynności badania ofert z udziałem Odwołującego, licząc się z ewentualną koniecznością unieważnienia postępowania przetargowego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Prowadzenie postępowania przy wskazanych wyżej naruszeniach przepisów

prawa może, w opinii Odwołującego, doprowadzić ostatecznie do jego obarczenia wadą uniemożliwiającą zawarcie w przyszłości ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podobnie jak w przypadku wniesienia protestu w dokumentacji brak jest informacji, czy Zamawiający poinformował innych wykonawców o wniesieniu odwołania oraz wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym. Informacji w tym zakresie nie posiadał również pełnomocnik Zamawiającego reprezentujący go na rozprawie.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2010 r. Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie. W piśmie Zamawiający wskazał, że stanowisko Odwołującego, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie byli zobligowani do składania trzech niezależnych ofert, zawierających odrębne dokumenty dla każdej części w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ zawartymi w Rozdziale VIII pkt 12, Rozdziale XI pkt 2 oraz odpowiedziami na pytania z dnia 29 stycznia 2010 r. zamieszczonymi na stronie Zamawiającego, z których wynika, że na każdą część zamówienia należało złożyć odrębną ofertę w oddzielnym opakowaniu zabezpieczoną odrębnym wadium. W opinii Zamawiającego chybiony jest zarzut naruszenia przepisów wskazanych w proteście i odwołaniu. Odwołujący nie wskazał przepisu, zgodnie z którym wystarczającym byłoby złożenie jednej oferty wspólnej na odrębne zadania. Zgodnie z art. 2 pkt 6 ustawy Pzp przez ofertę częściową należy rozumieć ofertę przewidującą zgodnie z treścią SIWZ wykonanie części zamówienia publicznego. Tym samym, jak wynika z powołanych powyżej postanowień SIWZ, każda z ofert częściowych powinna spełniać warunki samodzielnej oferty. Oferta Odwołującego jest zatem niezgodna z SIWZ, a zatem Odwołujący podlegał wykluczeniu, a jego oferta w konsekwencji odrzuceniu. Zamawiający podnosił, że gdy wykonawca złożył jedną ofertę na jednym formularzu ofertowym łącznie dla wszystkich części, nie zastosował się do wymogów SIWZ, ponieważ podał łączną kwotę oferowaną za wszystkie trzy części zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, jedna wspólna oferta nie może zastąpić trzech odrębnych ofert. Nie jest możliwe, jak tego chce Odwołujący, uzupełnienie braku w postaci formularza ofertowego. Brak jest bowiem podstawy prawnej do takiego uzupełnienia.

Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający, pismem z dnia 1 kwietnia 2010 r., informując o szacunkowej wartości przedmiotowego zamówienia, wskazał także, że dnia 10 marca 2010 r. podpisane zostały umowy na każdą z części zamówienia, a ogłoszenie o

udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 66894. W toku rozprawy na podstawie oświadczenia pełnomocnika Zamawiającego Izba ustaliła, że Zamawiający nie wnioskował o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu w trybie art. 182 ust. 3 ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym w dokumentacji postępowania, proteście, odwołaniu i wyjaśnieniach złożonych przez strony na rozprawie, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła następujący stan prawny mający zastosowanie do niniejszego odwołania.

Z uwagi na okoliczność, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte dnia 22 stycznia 2010 r., na podstawie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), obowiązującej od dnia 22 grudnia 2009 r., do niniejszej sprawy znajdują zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu przyjętym powyższą nowelizacją. Z kolei w oparciu o art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów. W zakresie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich mogą być składane, do niniejszego postępowania znajduje zastosowanie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może zadać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817), obowiązujące od dnia 31 grudnia 2009 r.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Oceniając istnienie interesu prawnego po stronie Odwołującego Izba wskazuje, że w zakresie części trzeciej zamówienia, której dotyczy protest i odwołanie, w opinii Izby, Odwołujący posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający

go do złożenia środków ochrony prawnej. Interes prawny wynikający ze wskazanego przepisu sprowadza się do doznania uszczerbku w uzyskaniu zamówienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Izba ocenia istnienie interesu prawnego na dzień złożenia środków ochrony prawnej. Zdaniem Izby Odwołujący miał interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, gdyż w przypadku potwierdzenia się zarzucanych naruszeń przepisów ustawy Pzp i uznania, że oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak również on sam nie podlegał wykluczeniu z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzuceniu (uznaniu za odrzuconą) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, byłaby to oferta najkorzystniejsza w zakresie części trzeciej zamówienia. W ocenie Izby istnienia interesu prawnego nie wyłącza okoliczność, że po złożeniu protestu, a przed złożeniem odwołania, Zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego, naruszając tym samym przepis art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Przyjęcie koncepcji, iż niezgodne z prawem działania zamawiającego w postaci zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (nota bene bezwzględnie nieważnej), niweczą uprawnienie wykonawcy do skorzystania ze środka ochrony prawnej pozostają w sprzeczności z celem klauzuli standstill oraz prawem wykonawcy do kontroli prawidłowości postępowania najpierw przez Izbę, a potem Sąd. Na potwierdzenie istnienia interesu prawnego w takim przypadku powołać można uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2005 r. (III CZP 73/05). Sąd Najwyższy doszedł w niej do wniosku, że zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika, chyba że umowa została wykonana. Z orzeczenia Sądu Najwyższego wynika zatem, że z punktu widzenia racjonalności skargi istotny jest nie tyle fakt zawarcia umowy, ile jej wykonanie. Dopiero wykonanie umowy skutkuje umorzeniem postępowania. W takim bowiem przypadku wydanie wyroku jest zbędne, skoro odpadł cel postępowania skargowego, jakim jest kontrola sądowa wyboru najkorzystniejszej oferty. Wykonanie umowy definitywnie i ostatecznie kończy postępowanie. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanką do wniesienia skargi, podobnie jak w przypadku protestu czy odwołania, jest istnienie interesu prawnego. Sąd Najwyższy, dopuszczając wniesienie skargi po zawarciu umowy (po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu), a przed jej wykonaniem, uznał jednocześnie, że wnoszący skargę



posiada interes prawny w jej wniesieniu. Ponadto należy nadmienić, że przepisy ustawy Pzp dotyczące postępowania odwoławczego nie przewidują umorzenia postępowania odwoławczego w takim przypadku.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zarzutem, który się nie potwierdził, jest jedynie błędne powołanie podstawy prawnej wykluczenia Odwołującego z uwagi na nieprzedstawienie kompletu dokumentów potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego podstawa prawna została podana wadliwie, ponieważ art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp dotyczy braku wadium, a przedstawione uzasadnienie odpowiada treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stanowisko Odwołującego nie jest prawidłowe, ponieważ pomija treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przyjętą ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), obowiązującą od dnia 22 grudnia 2009 r. Ustawa ta zmieniła brzmienie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp i obecnie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przewiduje wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w znowelizowanej wersji przewiduje natomiast wykluczenie wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Brak wadium jako przesłanka wykluczenia wykonawcy ujęta jest w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie nowelizacji stosuje się przepisy dotychczasowe. Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po dniu 22 grudnia 2009 r., toteż stosuje się do niego przepisy ustawy Pzp z brzmieniem przyjętym ustawą nowelizacyjną. Powyższe pozostaje jednak bez wpływu na zasadność odwołania.

Izba ustaliła, że Zamawiający niezasadnie uznał ofertę Odwołującego za niezgodną z SIWZ. Podając argumenty za swoim stanowiskiem Odwołujący wskazał, że Formularz Ofertowy został wypełniony na trzy części zamówienia łącznie, co uniemożliwia wyodrębnienie pojedynczej oferty na trzecią część zamówienia i dołączenie oferty jako załącznika do umowy, jak również prawidłowe rozliczenie inwestycji w dalszym toku postępowania. Zamawiający powoływał się na Rozdział VIII pkt 12 i Rozdział XI pkt 2 SIWZ

oraz wyjaśnienia z dnia 29 stycznia 2009 r., które w jego opinii jednoznacznie wskazywały, że należy złożyć odrębne oferty na każdą z części. Przywołany Rozdział VIII pkt 12 SIWZ przewiduje, że wykonawca winien umieścić ofertę w opakowaniu zaadresowanym na zamawiającego, na adres podany na wstępie SIWZ oraz posiadającej następujące oznaczenia: „Oferta na budowę świetlicy wiejskiej z wyposażeniem w ..... – część ...”. Z kolei Rozdział XI pkt 2 SIWZ wskazuje, że oferty będą oceniane oddzielnie dla części pierwszej, drugiej i trzeciej. Natomiast pismo z 29 stycznia 2010 r. zawiera odpowiedź na pytanie wykonawcy „Czy Zamawiający wymaga, aby oferty zostały złożone osobno dla każdego z trzech zadań w osobnych kopertach opisanych jak w SIWZ?”. Na pytanie to udzielono następującej odpowiedzi: „Wykonawca winien umieścić ofertę na każdą część zamówienia w oddzielnym opakowaniu zaadresowanym na Zamawiającego, na adres podany na wstępie oraz posiadającej następujące oznaczenia: „Oferta na budowę świetlicy wiejskiej z wyposażeniem w ..... – część ...”. Z powyższego wynika zatem, że przywołane postanowienia SIWZ, jak i pisma z dnia 29 stycznia 2010 r. odnoszą się do formy oferty, a nie jej treści. Podobnie uzasadnienie, że z uwagi na formę oferty wspólnej nie będzie możliwe dołączenie oferty do umowy w sprawie zamówienia publicznego na część trzecią dotyczy kwestii formalnych, a nie merytorycznych oferty. Błędy co do formy nie mogą natomiast stanowić uzasadnienia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten odnosi się do niezgodności treści oferty z SIWZ. Pogląd ten jest ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym dopiero wykazanie, że to treść oferty nie jest zgodna z SIWZ pozwala na jej odrzucenie na ww podstawie prawnej. Zamawiający argumentował natomiast, że wykonawca złożył ofertę na jednym formularzu ofertowym łącznie dla wszystkich części, podając łączną kwotę oferowaną za wszystkie trzy części zamówienia. Wskazywał, że jedna oferta wspólna nie może zastąpić trzech odrębnych ofert, a formularz ofertowy nie jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu.

Formularz ofertowy, którego wzór został określony przez Zamawiającego w Zał. Nr 3 do SIWZ w pkt 1 wymaga podania ceny za wykonanie zamówienia w zakresie objętym SIWZ. Integralną częścią oferty były także uproszczone kosztorysy ofertowe sporządzone zgodnie z wymaganiami Zamawiającego na podstawie załączonych przedmiarów robót i dokumentacji technicznej.

Odwołujący w formularzu ofertowym wskazał łączną cenę za wykonanie wszystkich części (netto, brutto, podatek VAT). Załączył kosztorysy ofertowe sporządzone zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, jak również na str. 137 oferty załączył dokument przez siebie podpisany, w którym określił cenę za poszczególne części zamówienia (cenę netto, wskazał

stawkę 22% podatku VAT oraz cenę wraz z podatkiem VAT). Cena brutto za część pierwszą zawierała omyłkę rachunkową (uzyskano błędny wynik z dodania wartości netto i VAT w stawce 22%, co oznacza pomyłkę w kwocie podatku VAT), jednak po zsumowaniu, z uwzględnieniem korekty wskazanej omyłki rachunkowej, podane wartości dawały łącznie cenę zaoferowaną przez Odwołującego w formularzu ofertowym. Ponadto wartości podane na str. 137 oferty posłużyły Zamawiającemu do rozstrzygnięcia postępowania i sporządzenia informacji dla wykonawców nie tylko w zakresie części trzeciej, ale także dwóch pozostałych. Oznacza to zatem, że Zamawiający nie zakwestionował prawidłowości dokumentu ze str. 137 oferty, ponieważ w przeciwnym razie wskazałby na niemożność uwzględnienia w informacji o wynikach postępowania cen za poszczególne części zamówienia. Nie zmienia tego również okoliczność, że Zamawiający nie dokonał należytej weryfikacji prawidłowości obliczenia ceny oferty Odwołującego, choć jest to jego obowiązkiem. W zakresie części trzeciej pismo Zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania wskazywało dokładnie taką kwotę, jaka widniała na dokumencie zawartym na str. 137 oferty, tj. 548.971,33 zł. Zamawiający uznał ją zatem za cenę (brutto) oferty w części trzeciej. Z treści oferty rozumianej nie tylko jako formularz ofertowy, lecz wszystkie dokumenty składające się na ofertę, możliwe było zatem wywiedzenie ceny na wykonanie zamówienia w zakresie każdej z części osobno, co Zamawiający uczynił w informacji o wynikach postępowania. Nie można zatem uznać, że treść oferty była niezgodna z SIWZ, co uzasadniałoby odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ oferta zawierała wyszczególnienie cen za każdą z części zamówienia, w tym za część trzecią. Ustawa Pzp w art. 87 ust. 1 dopuszcza wyjaśnianie treści oferty, o ile nie powoduje to zmiany w treści oferty, z zastrzeżeniem ust. 1a i ust. 2 tego przepisu. Zamawiający mógł skorzystać z tego przepisu, jeżeli dokument zawarty na str. 137 oferty budził jego wątpliwości. Wyjaśnienie w tym trybie nie spowodowałoby zmiany treści oferty, ponieważ formularz ofertowy zawierający cenę łączną za wszystkie trzy części pozostawał zgodny z cenami podanymi w dokumencie na str. 137, z zastrzeżeniem omyłki rachunkowej w zakresie części pierwszej. Poprawki w tym zakresie mógł jednak dokonać sam Zamawiający w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Należy także zaznaczyć, że oferta zawierała wadliwie złożone oddzielnie dla poszczególnych części. W opinii Izby oznacza to, że oferta nie powinna być uznana za niezgodną z SIWZ i odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 SIWZ, ponieważ wykazane przez Zamawiającego niezgodności dotyczyły jedynie kwestii formalnych, nie merytorycznych, a tylko takie uzasadniają odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający w każdym indywidualnym przypadku powinien ustalić, czy w złożonej ofercie nie została popełniona omyłka możliwa do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dopuszczalne jest bowiem dokonywanie zmian w treści oferty (także

zmiany ceny) w przypadku zaistnienia omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Dopiero w sytuacji, gdy wykonawca w terminie 3 dni nie wyrazi zgody na poprawienie tej omyłki Zamawiający będzie zobowiązany do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 7 ustawy (KIO/UZP 70/09). Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie dotyczy jednak przedmiotowego przypadku, gdyż nie mamy tu do czynienia z omyłką co do treści oferty z SIWZ, lecz jedynie formy. Zamawiający nie wykazał również, że złożenie jednej wspólnej oferty uniemożliwia prawidłowe rozliczenie inwestycji. Zamawiający podnosił, że instytucja współfinansująca zamówienie wymaga trzech oddzielnych ofert częściowych (wraz z kompletem dokumentów), jednak nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie, że braki w powyższym zakresie rzeczywiście uniemożliwią prawidłowe rozliczenie inwestycji, w tym uzyskanie dofinansowania.

Oznacza to również, że Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, aczkolwiek w tym przypadku Izba oceniła, że nie było to konieczne. Zamawiający dysponował bowiem kompletem dokumentów, które w sposób arbitralny zakwalifikował do części pierwszej zamówienia, choć oferta Odwołującego była najkorzystniejsza jedynie w zakresie części trzeciej. Nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby przedmiotowe dokumenty zakwalifikować do części trzeciej. Niezależnie od powyższego Odwołujący miał prawo uzupełnienia dokumentów, a Zamawiający obowiązek wezwania do takiego uzupełnienia. Zaniechanie Zamawiającego oznacza, że znalazł potwierdzenie zarzut o naruszeniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający nie miał bowiem prawa do wykluczenia Odwołującego bez wyczerpania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ jego oferta nie podlegała odrzuceniu ani postępowanie unieważnieniu.

Z uwagi na powyższe Izba przyjęła, że potwierdził się również zarzut Odwołującego naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający, dokonując wyboru oferty z ceną wyższą niż oferowana przez Odwołującego, wobec przyjętego kryterium ceny - 100%, oraz faktu, iż Odwołujący nie podlegał wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu, naruszył wymienione powyżej przepisy ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała zasadność odwołania, ponieważ stwierdziła naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania (art. 191 ust. 1a ustawy Pzp). Równocześnie jednak Izba nie orzekła o nakazaniu Zamawiającemu

unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części trzeciej, unieważnienia wykluczenia z postępowania Odwołującego, unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego, przeprowadzenia powtórnego badania / oceny ofert z udziałem Odwołującego oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na zasadach określonych ustawą Pzp, zgodnie z żądaniem Odwołującego, ponieważ na obecnym etapie jest to niecelowe. Z uwagi na zawarcie umowy, choćby nieważnej, w zakresie części trzeciej postępowanie należy uznać za zakończone, zaś nakazywanie czynności w zakończonym postępowaniu za bezskuteczne. Przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) nie regulują sytuacji, z jaką mamy do czynienia w tym postępowaniu. W ocenie Izby zawarcie umowy skutkujące zakończeniem postępowania i niemożność nakazania wykonania lub powtórzenia czynności bądź unieważnienia czynności nie wyklucza jednak możliwości uwzględnienia odwołania przez Izbę, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, tak jak w przedmiotowym przypadku. Argumentem przemawiającym za przyjętą koncepcją może być także obecne brzmienie art. 192 ust. 3 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, obowiązujące dla postępowań wszczętych od 29 stycznia 2010 r., przewidujące w przypadku zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu kompetencję Izby do uwzględnienia odwołania i unieważnienia umowy. Oznacza to zatem, że okoliczność zawarcia umowy nie musi wyłączać uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a 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. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....