

Sygn. akt KIO/2133/10

WYROK
z dnia 13 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., ul. Szaflarska 102, 34-400 Nowy Targ** od czynności Zamawiającego - **Gmina Miasto Nowy Targ, ul. Krzywa 1, 34-400 Nowy Targ** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „**Zimowe utrzymanie dróg miejskich w Nowym Targu, począwszy od sezonu zimowego 2010/2011 do zakończenia sezonu zimowego 2012/2013 CZĘŚĆ I - STREFA I**”,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., ul. Szaflarska 102, 34-400 Nowy Targ** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., ul. Szaflarska 102, 34-400 Nowy Targ**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **588 zł 00 gr** (słownie: pięćset osiemdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez **Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., ul. Szaflarska 102, 34-400 Nowy Targ** na rzecz Zamawiającego - **Gmina Miasto Nowy Targ, ul. Krzywej 1, 34-400 Nowy Targ**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu na posiedzenie.

Pouczenie:

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zimowe utrzymanie dróg miejskich w Nowym Targu, począwszy od sezonu zimowego 2010/2011 do zakończenia sezonu zimowego 2012/2013 CZĘŚĆ I - STREFA I" przez Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z Nowego Targu. W odwołaniu wykonawca podniósł zarzut dokonania przez Zamawiającego - Gmina Miasto Nowy Targ wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - F.H.U. „PAWEŁ" Sp. Jawna Józef i Anna Kalata z Szaflar niezgodnie z ustawą, albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i tym samym naruszony został art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.) [ustawa PZP] w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 82 ust. 3 ustawy, z uwagi. Wskazując także na naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 83 ust.3 ustawy PZP wykonawca podniósł zarzut zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę - P.W „STACHOŃ" Krzysztof Stachoń pomimo tego, iż treść oferty także nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskutek braku wymaganej przez Zamawiającego szczegółowej kalkulacji stawki dobowej akcji czynnej i biernej. Tym samym naruszone zostało – zdaniem wykonawcy postanowienie Rozdziału XVII ust. 1 pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i w tych okolicznościach Zamawiający zaniechał dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego się wykonawcy, oraz naruszona została zasada równego traktowania stron. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru ofert, a także nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty F.H.U. „PAWEŁ" Sp. Jawna Józef i Anna Kalata, oraz oferty P.W „STACHOŃ" Krzysztof Stachoń, jako niespełniających warunków określonych w SIWZ i dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, spełniającej wszelkie warunki formalne wynikające ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wniósł także o nakazanie Zamawiającemu zwrotu na rzecz Odwołującego poniesionych przez niego kosztów postępowania, według rachunków przedłożonych na rozprawie. W uzasadnieniu wykonawca podał, że dokonany przez Zamawiającego wybór oferty dokonany został z naruszeniem wskazywanych przepisów ustawy tj. art. 90 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 82 ust. 3 ustawy z uwagi na to, iż treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z treścią rozdziału XVII ust. 1 pkt 2 SIWZ, co Zamawiający wyraźnie zaznaczył wytłuszczoną czcionką, oferta miała zawierać „Szczegółową kalkulację

stawki dobowej akcji czynnej i biernej", a to oznacza, że jest to warunek *sine quo non* treści oferty, bez spełnienia, którego oferta nie odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ, a co za tym idzie nie może być wybrana przez Zamawiającego, jako najkorzystniejsza. Wytłuszczenie tej części SIWZ, która nakłada na Wykonawcę obowiązek dołączenia szczegółowej kalkulacji, świadczy o randze, jaką nadał temu dokumentowi Zamawiający, oraz o zwróceniu uwagi wykonawców na konieczność jego dołączenia. Oferta nie zawierająca wspomnianej kalkulacji zgodnie z dyspozycją art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych winna zostać odrzucona, a wybór oferty najkorzystniejszej winien zostać dokonany spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Dokonanie wyboru, jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu stanowi rażące naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy. Zgodnie z treścią art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oferty wskazanych wykonawców powinny zostać odrzucone, gdyż obie oferty dotknięte są nieusuwalnym brakiem polegającym na nie dołączeniu do oferty „Szczegółowej kalkulacji stawki dobowej akcji czynnej i biernej”. Zauważył także, iż zarówno zamawiający jak i wykonawcy związani są w postępowaniu treścią SIWZ i nie mogą dowolnie według własnego przekonania decydować o tym, które wyraźnie żądane w SIWZ elementy oferty można pominąć, a które należy zamieścić. Stwierdził także, że w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie wniósł odwołania na treść SIWZ, nie dokonano zmiany treści SIWZ w sposób powodujący zwolnienie Wykonawcy od obowiązku przedłożenia wspomnianej wyżej szczegółowej kalkulacji, jak również nie dokonano wyjaśnienia treści specyfikacji w wyniku, którego można by dokonywać wykładani jej postanowień w ten sposób, iż przedłożenie szczegółowej kalkulacji jest fakultatywne. Brak wymaganej przez Zamawiającego szczegółowej kalkulacji stanowi uchybienie w sporządzeniu merytorycznej części oferty. Braku tego nie sposób zakwalifikować, jako odstępstwa, co do formy, skoro w ofercie w żaden inny sposób owych informacji Zamawiającemu nie podano. Skutkiem naruszeń dokonanych przez Zamawiającego było zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, iż jest to oferta najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W konkluzji wykonawca stwierdził, że wybór oferty, która nie spełnia warunków SIWZ i brak odrzucenia ofert niezgodnych z treścią SIWZ, łamie zasadę równego traktowania Wykonawców i uczciwej konkurencji, poprzez usankcjonowanie dowolności i arbitralności rozstrzygnięć Zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty, z pominięciem reguł obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący się wykonawca stwierdził także, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż, jako jedyny spełnia wszelkie warunki formalne i tym samym w wyniku uwzględnienia odwołania, ma możliwość uzyskania zamówienia publicznego.

W odpowiedzi na odwołanie zawarte w piśmie z dnia 12 października 2010 r., Zamawiający – wobec podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 90 ust.1 ustawy PZP - stwierdził, że cena oferty najkorzystniejszej nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i tym samym brak było uzasadnienia wystąpienia do wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołał się do orzecznictwa i okoliczności faktycznych, stwierdzając, że cena oferty wybranej w I części nie jest ceną rażąco niską i podając, że za cenę rażąco niską należy uznać cenę znacznie odbiegającą od cen rynkowych podobnych zamówień, a zatem cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, tym samym cenę nieopłacalną dla wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego, analiza cen z ofert złożonych w tym postępowaniu nie potwierdza zarzutu z art. 90 ust.1 ustawy PZP.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP, odwołując się także do orzecznictwa Zamawiający stwierdził, że niezgodność treści oferty należy ocenić w kategorii oferty zdefiniowanej w art. 66 § 1 CK, który stanowi, że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Tym samym niezgodność treści oferty ze specyfikacją to niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia. Żadne, zatem uchybienia formalne nie mieszczą się w tak sformułowanej normie prawnej. Ponadto to wymaganie nie ma wpływu na cenę oferty. Zdaniem Zamawiającego powoływane postanowienia Wisz nie przesądzają o treści oferty, a jedynie regulują formalne wymagania, jakie spełnić ma sama oferta i dołączone do niej dokumenty. W tym przypadku Odwołujący niesłusznie rozszerzając interpretuje normę zawartą w art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

W toku rozprawy Izba ustaliła przede wszystkim, że odwołanie dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy F.H.U. „PAWEŁ” Sp. Jawna Józef i Anna Kalata z Szaflar z naruszeniem art. 91 ust.1 ustawy PZP, a nie jak podano omyłkowo w odwołaniu art. 90 ust.1 ustawy PZP. Zdaniem odwołującego się wykonawcy – Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP. Także odrzuceniu na podstawie wskazanego przepisu powinna podlegać oferta wykonawcy - P.W „STACHOŃ” Krzysztof Stachoń. Zdaniem Odwołującego, nie załączenie

przez tych wykonawców do oferty „Szczegółowej kalkulacji stawki dobowej akcji czynnej i biernej” powoduje, że treść tych ofert nie odpowiada treści specyfikacji.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie podał w specyfikacji, jaką funkcję ma spełniać ta kalkulacja. Przede wszystkim z treści specyfikacji nie wynika, że ten dokument mógł stanowić podstawę do oceny ofert w zakresie wymaganych warunków m.in., co do wymaganego sposobu realizacji zamówienia z użyciem podanego w specyfikacji sprzętu. Ocena tego warunku następowała poprzez przedłożenie przez wykonawców w ofercie wykazu wraz z dokumentami potwierdzającymi fakt dysponowania wykazywanym sprzętem, a nie na podstawie „Szczegółowej kalkulacji stawki dobowej akcji czynnej i biernej”. Izba zgodziła się z Zamawiającym, iż ta kalkulacja mogła pełnić tylko funkcję informacyjną i nie mogła stanowić podstawy do oceny ofert według przyjętych w niej składników. Izba stwierdziła także, że wymagane ceny jednostkowe dla akcji czynnej i biernej w ofertach zostały podane i ich wysokość w odwołaniu nie była kwestionowana.

Mając na względzie powyższe ustalenia faktyczne, Izba stwierdziła, że nie załączenie „Szczegółowej kalkulacji stawki dobowej akcji czynnej i biernej” nie mogło stanowić uzasadnienia do odrzucenia wskazanych ofert na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 82 ust.3 ustawy PZP z powodu niezgodności ich treści z treścią specyfikacji i tym samym zarzut wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 91 ust.1 ustawy PZP nie może być uwzględniony.

W tym przypadku Izba przede wszystkim stwierdziła, że w myśl art. 66 § 1 k.c. - tak, jak podał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający - oferta to oświadczenie woli zawarcia umowy, określające istotne postanowienia tej umowy. Tym samym ocenę treści oferty wykonawcy w stosunku do oczekiwań zamawiającego, należy odnosić do aspektów merytorycznych przedmiotu zamówienia m.in. takich jak zakres przedmiotowy i podmiotowy przyszłej umowy [zamówienia], sposób realizacji usługi, termin realizacji usługi, wynagrodzenie oraz inne istotne składniki przyszłej umowy pomiędzy stronami, ujęte np. w istotnych postanowieniach umowy. Zatem w tak sformułowanej normie prawnej nie mieszczą się uchybienia formalne. W przedmiotowej sprawie, zgodnie z ustaleniami faktycznymi, nie załączenie „Szczegółowej kalkulacji stawki dobowej akcji czynnej i biernej” należy uznać za taki właśnie brak formalny i tym samym nie spełnienie tego formalnego wymagania - *de facto* o charakterze informacyjnym - pozostaje bez wpływu na merytoryczną treść oferty. Tak jak stwierdził Zamawiający wymóg ten nie ma zarówno wpływu na cenę oferty, jak i na inne elementy przedmiotu zamówienia. Pozostaje także bez wpływu na sposób realizacji zamówienia, jak również na udzielenie w innym postępowaniu ewentualnych prac dodatkowych. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia poglądu Odwołującego, że Zamawiający nie odrzucając wskazanych ofert naruszył normę prawną zawartą w art. 89

ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Zdaniem Izby interpretowanie tej przesłanki rozszerzająco, także na braki formalne oferty, nie jest możliwe. Ustawa stanowi, bowiem zamknięty katalog przesłanek obligujących do odrzucenia oferty. Zatem nie jest możliwe stosowanie tej sankcji do braków formalnych oferty w tych przypadkach, gdy nie mają one żadnego wpływu na treść oferty.

Mając powyższe na względzie, tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust.1 ustawy PZP nie podlega uwzględnieniu. Z tych też względów 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. Izba uwzględniła także § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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) . Zgodnie z tym przepisem uzasadnione koszty strony ustalane są na podstawie rachunków i z tych też względów Izba, wobec przedłożonych tylko biletów na przejazd koleją, uwzględniła tylko koszty związane z dojazdem na posiedzenie.

.....