

Sygn. akt: KIO 1090/11

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 31 maja 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 31 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2011 r. przez wykonawcę **CTE CARBOTECH ENGINEERING Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Monte Cassino 37** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Jeziorzany – Wójt Gminy Jeziorzany, Urząd Gminy Jeziorzany, ul. Rynek 22**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze.**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **CTE CARBOTECH ENGINEERING Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Monte Cassino 37** kwoty 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej zwrot uiszczzonego wpisu.

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

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na budowę oczyszczalni ścieków w Jeziorzanach wszczęte przez zamawiającego Gminę Jeziorzany – Wójt Gminy Jeziorzany, Urząd Gminy Jeziorzany, ul. Rynek 22 ogłoszeniem o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 kwietnia 2011r. za numerem 2011-104923. W dniu 20 maja 2011r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i poinformował o wynikach postępowania wykonawców. W informacji tej wskazał, że dokonał wyboru oferty INTEGRAL spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe z siedzibą w Rzeszowie, ul. Langiewicza 37 oraz, że odrzucił ofertę CTE CARBOTECH ENGINEERING Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Monte Cassino 37 – dalej odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy), z uwagi na błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający wskazał, że oferta odwołującego zawierała błędy w obliczeniu ceny w kryterium Projektowany roczny koszt oczyszczalni ścieków w przeliczeniu na 1m<sup>3</sup> ścieków dla wydajności 150m<sup>3</sup>/dobę. Podał, że wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy i prosił o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy treścią oferty w zakresie dokumentów dotyczących urządzeń równoważnych i technologii zamiennej przy wskazaniu parametrów i wyliczeń ujętych przy obliczaniu projektowanego rocznego kosztu oczyszczalni ścieków w przeliczeniu na 1 m<sup>3</sup> ścieków dla wydajności 150m<sup>3</sup>/dobę. Odwołujący uzupełnił dokumenty i odpowiedział na rozbieżności pomiędzy treścią oferty poprzez wskazanie wyliczeń, które zostały wcześniej określone w ofercie, zaś nie udzielił wyjaśnień dotyczących przyjętych parametrów – nośników kosztów i metody wyliczenia przy obliczeniach rocznego kosztu oczyszczalni ścieków.

Z powyższą czynnością zamawiającego nie zgodził się odwołujący i w dniu 25 maja 2011r. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, czyli błędy w obliczeniu ceny, w sytuacji gdy jak wynika z uzasadnienia decyzji zamawiającego wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów dotyczących zgodności jego oferty z SIWZ, w SIWZ nie wskazano sposobu wyliczenia ceny, a decyzja zamawiającego dotyczy kryterium kosztów eksploatacji, które nie są ceną w rozumieniu legalnej definicji ceny zawartej w ustawie o cenach oraz naruszenie zasady równości, uczciwości przewidzianej w art. 7 ustawy, poprzez skierowanie do odwołującego żądania złożenia wyjaśnień wyartykułowanego w sposób niejasny, a następnie wprowadzenie w błąd pracowników

odwołującego co do treści tego żądania i naruszenie ustawy w szczególności art. 91 w zw. z art. 36 ustawy w zw. z art. 87 ustawy a contrario poprzez oparcie czynności badania i oceny złożonych ofert na dokumentach nie wskazanych w SIWZ, których przedłożenia zamawiający zażądał już po otwarciu ofert wykonawców. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Wskazał, że decyzja zamawiającego narusza jego interes prawny, bowiem w momencie uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu oferta odwołującego jest ofertą drugą za ofertą złożoną przez Montech Sp. z o.o. w Łęcznej. Oferta Montech Sp. z o.o. została także odrzucona, co wobec braku wniesienia przez tego wykonawcę odwołania skutkowałoby uznaniem oferty odwołującego się za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 12 maja 2011.r. otrzymał wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz wezwanie do wyjaśnienia rozbieżności treści oferty w zakresie dokumentów dotyczących urządzeń równoważnych i technologii zamiennej przy wykazaniu parametrów i wyliczeń ujętych przy obliczeniu Projektowanego Roczego Kosztu oczyszczalni ścieków w przeliczeniu na 1 m<sup>3</sup> ścieków dla wydajności 150m<sup>3</sup>/dobę.

Wezwanie to było wezwaniem, którego treść była niejasna dla odwołującego, gdyż nie wynikało z niego, co do jakich konkretnie wątpliwości zamawiającego odnieść ma się odwołujący. Co więcej wezwanie to dotyczyło informacji i treści, których złożenia zamawiający nie żądał w SIWZ. Wobec wątpliwości odwołującego kontaktował się on co najmniej dwukrotnie telefonicznie ze wskazanymi w treści SIWZ pracownikami zamawiającego panią Agnieszką P. oraz panem Andrzejem K., którzy wskazali, iż zamawiający oczekuje jedynie dokonania podzielenia kwoty łącznej dobowych kosztów oczyszczania przez ilość metrów sześciennych ścieków przepływających w ciągu doby przez oczyszczalnię tj. 150 m<sup>3</sup>/d, aby otrzymać żądany wskaźnik „na 1 m<sup>3</sup>”, wskazany w formularzu oferty. Odwołujący czyniąc zadość wezwaniu złożył żądane od niego dokumenty oraz przeprowadził operację matematyczną dzielenia w swoich wyliczeniach.

W dniu 20 maja 2011 r. odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której poinformowano go, iż na mocy art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp jego oferta została odrzucona jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny w kryterium Projektowany roczny koszt oczyszczalni ścieków w przeliczeniu na 1 m<sup>3</sup> ścieków dla wydajności 150m<sup>3</sup>/dobę. W rozwinięciu uzasadnienia wskazano, iż Wykonawca nie udzielił wyjaśnień dotyczących przyjętych parametrów - nośników kosztów i metody wyliczenia przy obliczeniach rocznego kosztu oczyszczalni ścieków. Odwołujący wskazał, iż za słusznością złożenia odwołania przemawia samo tylko proste porównania treści wezwania do złożenia wyjaśnień z treścią późniejszego rozstrzygnięcia. Niezgodne z ustawą jest postępowanie zamawiającego, który do czego innego wzywa wykonawcę, a następnie na podstawie czego innego odrzuca jego

ofertę. Dodać należy jedynie dodatkowo szczegółowe uzasadnienie prawne, zgodnie z którym wskazać należy, iż wymogu wskazania metody wyliczenia przy obliczeniu rocznego kosztu oczyszczalni ścieków zamawiający nie zawarł w SIWZ ani też w żadnym innym dokumencie dotyczącym postępowania. Ponadto odwołujący wskazuje, iż to zamawiający określił nośniki kosztów jako parametry istotne dla obliczenia rocznego kosztu oczyszczalni ścieków. Podniósł, że zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych o błędzie w obliczeniu ceny można mówić jedynie w przypadku gdy SIWZ zawiera sposób obliczenia ceny, jej formułę (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009r. w sprawie XII GA 117/09). W przedmiotowej sprawie sposób obliczenia „ceny” w postaci kosztu oczyszczalni nie został podany w ofercie. Odwołujący podał w ogóle w wątpliwość, czy kryterium kosztu oczyszczalni w przeliczeniu na 1m<sup>3</sup> ścieków można uznać za cenę oferty. Zdaniem odwołującego legalną definicję ceny zawiera art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach. Zgodnie z powołaną definicją ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Kryterium, któremu przypisano wagę aż 50% (do zbadania pod kątem racjonalności wydatkowania środków publicznych) nie stanowi wartości, którą będzie płacona w relacji pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą. Kryterium to z całą pewnością ma wpływ na ekonomiczną stronę późniejszej eksploatacji oczyszczalni ścieków, ale ceną nie jest. Oznacza to, według odwołującego, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Przedstawione powyżej zarzuty wskazują, zdaniem odwołującego, na działania zamawiającego zmierzające do wyeliminowania odwołującego z postępowania. Naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania.

Wniósł o dopuszczenie dowodów z zawiadomienia o wyborze oferty i odrzuceniu oferty odwołującego, wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, oświadczenia Małgorzaty Ćwiklińskiej, pisma odwołującego z dnia 18 maja 2011r., specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dowodu z zeznań świadka - pracowników odwołującego oraz Agnieszki P. pracownika zamawiającego. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu odwołującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 25 maja 2011r.

Zamawiający w dniu przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 31 maja 2011r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości i zobowiązał się powtórzenia czynności badania i oceny ofert. W uzasadnieniu pisma przedstawił stanowisko odwołującego podniesione w odwołaniu i uznał zasadność zarzutów odwołującego. Odpowiedź podpisał pełnomocnik zamawiającego, działający na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 maja 2011r. udzielonego przez Wójta Gminy.

**Izba zważyła, co następuje :**

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości i uczyni zadość żądaniom Odwołującego, to Izba uznała to oświadczenie za wiążące.

Wobec ustalenia, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca

skład orzekający Izby stwierdził, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego skład orzekający Izby uwzględnił okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 ust. 1 ustawy Pzp, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 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).

**Przewodniczący**

.....