

WYROK

z dnia 25 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 marca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 marca 2013 r.** przez wykonawcę **W..... S.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno - Inżynieryjnych „SKAWEX”**; 43-606 Jaworzno, ul. Paderewskiego 48 w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Chełmek, ul. Krakowska 11, 32-660 Chełmek,**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Chełmek, ul. Krakowska 11, 32-660 Chełmek**
 - i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez W..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno - Inżynieryjnych „SKAWEX”; 43-606 Jaworzno, ul. Paderewskiego 48, tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Gminy Chełmek, ul. Krakowska 11, 32-660 Chełmek na rzecz W..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno - Inżynieryjnych „SKAWEX”; 43-606 Jaworzno, ul. Paderewskiego 48 kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Chełmek, ul. Krakowska 11, 32-660 Chełmek, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę ulicy Brzechwy i ulicy Leśmiana w Chełmku” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 stycznia 2013 roku pod pozycją 35196.

Zamawiający dnia 11 marca 2013 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dnia 14 marca 2013 roku wykonawca W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno - Inżynieryjnych „SKAWEX”; 43-606 Jaworzno, ul. Paderewskiego 48 (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegających na:

1. Dokonaniu wyboru oferty „Transfig” W..... F..... z siedzibą w 32-061 Rybna, Przegonia Duchowna 300, jako oferty najkorzystniejszej.
2. Odrzuceniu oferty odwołującego, jako oferty nie odpowiadającej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
3. Przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) naruszenie przepisu art. 38 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie i wprowadzenie w błąd odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego na złożone w trakcie postępowania przetargowego zapytania przez jednego z wykonawców. Zamawiający udzielił odpowiedzi, z której wynika, że dokonuje on zmiany w treści s.i.w.z. odnośnie zapisów formularza ofertowego dotyczącego rozdziału całości robót na ul. Leśmiana i ul. Brzechwy bez jakichkolwiek rozgraniczeń, natomiast oferta została odrzucona właśnie z powodu nieprawidłowego wypełnienia formularza ofertowego, który zawierał podział na poszczególne zadania tj. ul. Brzechwy i ul. Leśmiana,
- 2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez brak przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia - wskutek wskazanych wyżej naruszeń - w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania i unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy „Transfig” W..... F..... z siedzibą w 32-061 Rybna, Przeginia Duchowna 300, jako oferty najkorzystniejszej.
2. Nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, a następnie podpisania z odwołującym umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 13 marca 2013 roku.

Zamawiający, dnia 14 marca 2013 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

Zamawiający dnia 22 marca 2013 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający zawiadamiając wykonawców o wynikach postępowania wskazał, iż na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca, zdaniem zamawiającego, nie wypełnił prawidłowo formularza ofertowego, przez nie podanie wyceny na poszczególne zadania, tj. ul. Brzechwy i ul. Leśmiana.

Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie nie zgodził się z argumentacją zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż zamawiający podał treść pytań i udzielił odpowiedzi i dokonał zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które to informacje zawarte w tych wyjaśnieniach wprowadziły odwołującego w błąd, naruszyły tym samym zasady uczciwej konkurencji i w konsekwencji doprowadziły do odrzucenia jego oferty

spełniającej wszystkie kryteria wymagane przez zamawiającego w postępowaniu i wyboru oferty cenowo wyższej od oferty odwołującego. Odwołujący podniósł, że wynagrodzenie za realizację zadania zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. i wzorem umowy ma charakter ryczałtowy liczony za całe zadanie i podział na ulice, w tym przypadku na ul. Brzechwy i Leśmiana, nie ma wpływu na sposób rozliczenia między wykonawcą a zamawiającym. Zdaniem odwołującego, odwołanie się przez zamawiającego na nieprawidłowe wypełnienie formularza ofertowego jest niezrozumiałe, bezzasadne i nie ma wpływu na treść oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej w świetle kryteriów zawartych w s.i.w.z.

Ponadto odwołujący wskazał, że zamawiający sam sobie przeczy swoim postępowaniem, ponieważ zarówno na otwarciu ofert, jak i w piśmie informującym o wyborze oferty posługuje się tylko jedną ceną za całość przedmiotu zamówienia, z pominięciem podziału na ulice. Zamawiający swoją niekonsekwencją i niejednoznacznością zapisów w trakcie postępowania na udzielenie zamówienia naraził odwołującego na utratę możliwości wykonania zamówienia i związane z tym straty finansowe.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił przedmiot zamówienia, jako „Budowa ulicy Brzechwy i ulicy Leśmiana w Chełmku”, wskazując jednocześnie, iż nie dopuszcza składania ofert częściowych (część III s.i.w.z.).

W części IX specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający opisał kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej precyzując, iż przy wyborze oferty będzie się kierował kryterium najkorzystniejszej ceny, której waga wynosi: cena – 100 %.

Opisując sposób obliczania ceny oferty, zamawiający wskazał, iż wykonawca określi w formularzu „Oferta” (zał. Nr 1 do s.i.w.z.) cenę netto, kwotę podatku VAT oraz cenę brutto oferty, która stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację całego przedmiotu zamówienia, podając ją w zapisie liczbowym i słownie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Cena oferty musi obejmować całkowity koszt realizacji zamówienia wynikający wprost z dokumentacji technicznej, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, projektu umowy, a także wszystkich innych kosztów, bez których nie można wykonać przedmiotu zamówienia. Przedmiar załączony do s.i.w.z. ma charakter pomocniczy (część X ust. 1 i 2 s.i.w.z.).

Zamawiający w części II ust. 1 s.i.w.z. wskazał, iż oferta powinna być sporządzona na formularzu oferty lub zgodnie z nim (wzór stanowi załącznik do specyfikacji).

W formularzu ofertowym zamawiający przewidział podanie przez wykonawców m.in. następujących informacji:

- 1) Wartość robót, a) ulica Brzechwy,
- 2) Wartość robót, b) ulica Leśmiana,

z odpowiednim podziałem na wartość netto, wysokość podatku VAT, wartość brutto.

W pozycji 2 formularza ofertowego zamawiający żądał podania ceny, za wykonanie zamówienia (budowa ulicy Brzechwy i ulicy Leśmiana), jako sumę punktów 1 a i 1 b, z odpowiednim rozbiem na netto, VAT i brutto.

Odwołujący w swojej ofercie z dnia 15 lutego 2013 roku, nie wypełnił pozycji 1 a i 1 b, uzupełniając jedynie pozycję 2 formularza oferty, tj. podając cenę za realizację całego zamówienia.

Tak wypełniony formularz ofertowy stanowił dla zamawiającego podstawę do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z takim stanowiskiem zamawiającego nie sposób się zgodzić.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w przypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Wskazać należy, że hipotezą normy przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych objęta jest sytuacja, gdy treść oferty stoi w sprzeczności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, iż można mówić o pominięciu pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego, co oznacza, że sprzeczność oferty musi być istotnie merytoryczna, niepozwalająca na zawarcie umowy na warunkach określonych w ofercie – antynomicznych z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podstawą odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jest niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, *a contrario* za sprzeczne z ustawą należy uznać odrzucenie oferty z powodu niespełnienia ustalonych przez zamawiającego wymogów dotyczących jej formy. Potwierdził to Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 15 lipca 2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1058/04, stwierdzając, że *„Skoro zamawiający zarzucił ofercie odwołującego tylko uchybienia formalne, należy uznać, iż jej treść zgodna jest z SIWZ. Zatem w zaistniałym stanie faktycznym, w ocenie Zespołu Arbitrów, zamawiający niesłusznie normę prawną zawartą w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych interpretuje rozszerzając ją na uchybienia formalne”*.

Oceniając zachowanie zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, Izba doszła do wniosku, że zamawiający nadinterpretuje dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, rozszerzając możliwość zastosowania tego przepisu na elementy oferty, które *de facto* nie stanowią *essentialia negotii* przyszłej umowy. W ocenie Izby tylko te elementy oferty, które mają decydujące znaczenie, czy to w możliwości uznania takiej oferty za najkorzystniejszą, czy też możliwości zawarcia umowy, wyłączają możliwość rozszerzenia sankcji wynikających z omawianego przepisu na elementy obiektywnie nieistotne.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zdaje się nie rozróżniać tych elementów. Wskazać bowiem należy na postanowienia, jakie zawarł zamawiający w projekcie umowy, które mają decydujące znaczenie w rozstrzygnięciu przedmiotowego odwołania. Zamawiający, co prawda w projekcie umowy, przewidział możliwość wpisania wartości za poszczególne zadania 1a i 1b, które miałyby zostać przeniesione z formularza ofertowego, jednakże wartości te mają charakter jedynie informacyjny i poglądowy. Wartością istotną, a zatem determinującą jest jednak cena oferty, rozumiana jako suma wartości za zadania 1a i 1b, albowiem w odniesieniu do tej wartości (ceny oferty) zamawiający warunkuje: zapłatę za realizację umowy (§ 4 ust. 1), terminowe wykonanie i przekazanie do eksploatacji przedmiotu umowy (§ 5 część I pkt 12), wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy – w wysokości 10% ceny całkowitej podanej w ofercie (§ 6 ust. 1), czy też naliczanie kar umownych (§ 8).

Żadne postanowienie projektu umowy, czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie rozróżnia dokonywania określonych czynności prawnych czy faktycznych w odniesieniu do rozdzielonych przez zamawiającego zadań (1a i 1b).

Powyższe ustalenia kwalifikują wady oferty odwołującego, jako nieistotne, nie mające wpływu na faktyczną i ostateczną treść zobowiązania wykonawcy, tym samym czynność zamawiającego, stwierdzającą niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uznać należało za bezzasadną i pozbawioną podstaw prawnych.

Izba za niedopuszczalne uznała zarzuty odwołującego w zakresie naruszenia przepisu art. 38 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, które odnoszą się do treści zapytań i odpowiedzi zamawiającego składanych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz modyfikacji s.i.w.z.

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Tym samym zarzuty powyższe Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Zarzuty odwołującego, w zakresie naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała za zasadne, tym samym na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: