

Sygn. akt: KIO 389/13

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 27.02.2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**  
**Członkowie: Małgorzata Stręciwilk**  
**Justyna Tomkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **27.02.2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20.02.2013 r.** przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ELKO s.c., T..... S....., M..... S....., ul. Staszica 68, 96-500 Sochaczew** w postępowaniu prowadzonym przez **Akademie Obrony Narodowej reprezentowaną przez Kanclerza AON adres: al. gen. A Chruściela 103, 00-910 Warszawa**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego ELKO s.c., T..... S....., M..... S....., ul. Staszica 68, 96-500 Sochaczew kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Odbudowę pokrycia dachowego i przebudowę kominów wentylacji grawitacyjnej budynku nr 14 (obiekt wpisany do rejestru zabytków) na terenie Akademii Obrony Narodowej - numer sprawy 1/2013” zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 15278 – 2013, data zamieszczenia 10.01.2013 r. przez Akademię Obrony Narodowej reprezentowaną przez Kanclerza AON adres: al. gen. A Chruściela 103, 00-910 Warszawa zwanego dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 15.02.2013 r. (faxem) Zamawiający przekazał zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania informując o wyborze oferty najkorzystniejszej W..... J..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana DEKBUD, Skiereszewo 3A, 62-200 Gniezno oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu i odrzuceniu oferty firmy - Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ELKO s.c., T..... S....., M..... S....., ul. Staszica 68, 96-500 Sochaczew zwanego dalej: „Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ELKO s.c.” albo „Odwołującym”.

W dniu 20.02.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ELKO s.c. wniosła odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 15.02.2013 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 20.02.2013 r. (e-mailem). Czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez bezprawne zaniechanie jego zastosowania,
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie, w sytuacji, gdy oferta wykonawcy nie jest obciążona błędem w obliczeniu ceny,
4. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez nieuprawnione zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu,
5. art. 26 ust. 2b Pzp poprzez uznanie, że wraz z pisemnym zobowiązaniem o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia wykonawca powinien dołączyć dokumenty, z których wynika sposób reprezentacji podmiotu trzeciego,
6. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez wadliwą ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty;
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. dokonanie wyboru najkorzystniejszej spośród ważnych ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu. Jako przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał wystąpienie błędu w obliczeniu ceny, którego skutkiem był obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Jednocześnie w treści uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający nie wykazał jakie błędy w obliczeniu ceny wystąpiły w ofercie Elko s.c. Uzasadnienie odrzucenia oferty skupia się wyłącznie na niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacją Istotnych Warunków zamówienia zwaną dalej: „SIWZ”. W związku z powyższym uznać należy, że formalna przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego nie znajduje pokrycia merytorycznego w istniejącym stanie faktycznym. Odwołujący z ostrożności pragnie jednak odnieść się do zarzutów niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, pomimo iż okoliczność ta nie stanowiła podstawy odrzucenia oferty - Zamawiający nie podjął bowiem swojej decyzji w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jak stwierdził sam Zamawiający w piśmie o wyniku postępowania, omyłki w kosztorysach można było poprawić na podstawie informacji zawartych w innych pozycjach kosztorysu. Zamawiający zaniechał jednak zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 uznając ze względu na ilość omyłek oraz wpływ ich poprawienia na wysokość ceny oferty. Twierdzenie Zamawiającego, że ilość i wartość omyłek jest zbyt duża aby można było je poprawić nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Art. 87 ust. 2 pkt 3 nie odnosi się bowiem ani do ilości omyłek ani do ich wpływu na cenę. Mowa jest jedynie o „istotności” omyłek. Bez wątplenia poprawienie nawet kilkunastu czy kilkudziesięciu pozycji w kosztorysach ofertowych, powodujące zwiększenie ceny naszej oferty o ok. 2% nie stanowi istotnej zmiany treści naszej oferty. Zmiana ceny oferty nie wpłynie również na klasyfikację ofert - nasza oferta w dalszym ciągu pozostanie najtańszą. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż wykonawca Elko s.c. nie zamierzał zaoferować wykonania przedmiotu zamówienia w sposób odmienny do określonego w SIWZ - omyłki dotyczą jedynie braku wyceny niektórych pozycji, które są wycenione w innych miejscach kosztorysu. Nie ma w treści oferty Elko s.c. mowy o zastosowaniu innych materiałów, technologii, czy też woli pominięcia niektórych prac czy materiałów. Powyższe okoliczności pozwalają zakwalifikować niezgodności naszej oferty z treścią SIWZ jako omyłki możliwe do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w żadnym zaś razie nie mogą być traktowane jako błędy w obliczeniu ceny. Podobne stanowisko wyraża KIO, rozstrzygając spory dotyczące drobnych niezgodności kosztorysów ofertowych z przedmiarami. I tak, w wyroku z dnia 25.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2210/11 skład orzekający uznał, że omyłki w kosztorysach winny zostać poprawione przez Zamawiającego. W przedmiotowej sprawie niezwykle istotne jest, że w toku poprawienia omyłek Zamawiający może się oprzeć wyłącznie na danych z naszej

oferty - nie dojdzie zatem na żadnym etapie postępowania do negocjacji treści oferty. Na znaczenie tego faktu wskazała KIO w wyroku z dnia 12.02.2009 r., sygn. akt: KIO 134/09. Zmiana w ofercie Odwołującego zostanie dokonana z danych już zawartych w ofercie, z uwzględnieniem konsekwencji działań arytmetycznych, a dokonana zmiana będzie zmianą jedynie ilościową, wynikającą z uzgodnienia ilości wynikających z SIWZ z ilościami wynikającymi z oferty Odwołującego. Taka czynność Zamawiającego doprowadzi więc ofertę Odwołującego do porównywalności z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu (...) stwierdzić, że uzgodnienie treści oferty z treścią SIWZ w sposób wyżej opisany jest uprawnione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było przedwczesne. Intencją ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do Ustawy z dnia 4.09.2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: *„W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań.”* Zamawiający powinien zatem dokonać poprawki kosztorysu ofertowego Odwołującego i przedstawić ją Odwołującemu oczekując na zgodę w terminie 3 dni w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 7 Pzp a nie odrzucać oferty Odwołującego bez zastosowania obowiązkowej w tym zakresie procedury. W przypadku wyrażenia zgody przez Odwołującego na dokonaną poprawkę oferta powinna podlegać ocenie. Przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp nie zawiera ograniczeń co do wnoszenia poprawek w kosztorysie powodujących zmian wynagrodzenia. Owszem cena (wynagrodzenie) jest istotnym elementem oferty, co nie ogranicza możliwości jej zmiany wobec treści art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Kolejnym, nie mniej istotnym uchybieniem Zamawiającego było wykluczenie naszej firmy z udziału w postępowaniu z powodu rzekomego nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia Odwołujący przedłożył pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia. Czynność ta odbyła się zgodnie z wymogami art. 26 ust. 2b Pzp. Zamawiający wykluczył nas jednak z udziału w postępowaniu ze względu na to, iż *„Zamawiający nie ma informacji na potwierdzenie, że dokumenty złożone dla podmiotu trzeciego tj. KRS dla spółki komandytowej oraz zobowiązanie wynikające z art. 26 ust. 2b Pzp jest podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji spółki.”* Otóż zdaniem Odwołującego złożenie w ofercie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów nie niesie za sobą konieczności złożenia dokumentów potwierdzających sposób reprezentacji podmiotu użyczającego zasoby. Abstrahując od powyższego Odwołujący dołączył do oferty odpis z KRS spółki komandytowej udostępniającej zasoby. Brak odpisu z KRS dla komplementariusza tej spółki nie może stać u podstaw podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do sposobu reprezentacji spółki, a tym samym co do ważności złożonego oświadczenia woli nie jest wystarczającą przesłanką do tak radykalnych kroków. Zgodnie z art. 6 kc to na Zamawiającym spoczywa w tej sytuacji obowiązek wykazania wady złożonego oświadczenia. Na marginesie zauważyć należy, że nawet gdyby uznać słuszność rozumowania Zamawiającego, to na przeszkodzie wykluczenia naszej firmy z Postępowania stoi jeszcze art. 26 ust. 3, zgodnie z którym w przypadku nieskutecznego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający winien wezwać naszą firmę do uzupełnienia dokumentów. Zaniechanie dokonania tej czynności nie może być uzasadnione koniecznością odrzucenia naszej oferty albowiem jak wykazano powyżej, omyłki w kosztorysach podlegają sanacji na podstawie art. 87 Pzp. Pomijając jednak i to, pragniemy przypomnieć iż dane z KRS są jawne i dostępne za pośrednictwem platformy internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości. Ponadto, zauważył, iż w toku badania spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie winien złożyć komplet dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu. Zgodnie z zapisami SIWZ okoliczność taka istniała wyłącznie w stosunku do podmiotów, które będą brały udział w realizacji zamówienia. W omawianym przypadku podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia - kolejny zatem powód wykluczenia naszej firmy pozbawiony jest uzasadnienia w świetle zapisów SIWZ i unormowań ustawowych.

Zamawiający w dniu 20.02.2013 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca. W świetle obowiązujących przepisów Pzp dla dochowania terminu na skuteczne złożenie przystąpienia istotne jest, aby zgłoszenie przystąpienia nastąpiło na piśmie, bądź przy użyciu bezpiecznego elektronicznego podpisu poprzez jego złożenie fizyczne do Prezesa Izby w terminie 3 dni od dnia przekazania wezwania Zamawiającego wraz z kopią odwołania. Nie może w tym zakresie mieć znaczenia – podobnie jak w przypadku złożenia odwołania (art. 180 ust. 4 Pzp) i w odróżnieniu od złożenia skargi na orzeczenie Izby (art. 198b ust. 2 zdanie drugie Pzp) – nadanie zgłoszenia przystąpienia w urzędzie pocztowym. W przypadku ustalenia w przepisach Pzp terminu na złożenie przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp) ustawodawca nie wprowadził szczególnej regulacji (jak to miało miejsce choćby w przypadku złożenia skargi na orzeczenie Izby), która pozwalałaby na taki sposób postępowania dla wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych.

W dniu 26.02.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu. Zamawiający po przeanalizowaniu zarzutów podniesionych w odwołaniu postanowił uwzględnić je w całości. Zamawiający przyznał, że zaniechał zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez niepoprawienie w ofercie Odwołującego oczywistych omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty i poprzez odrzucenie oferty Odwołującego naruszył zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający poinformował, że poprawi w ofercie Odwołującego oczywiste omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ. Bezpodstawne zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, było konsekwencją odrzucenia oferty w wyniku niepoprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez nieuprawnione zaniechanie jego zastosowania, Zamawiający poinformował, że w konsekwencji powołania się Odwołującego na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez posłużenie się w całości doświadczeniem podmiotu trzeciego i załączenie do oferty wykazu zrealizowanych dwóch robót budowlanych z okresu ostatnich pięciu lat wykonanych przez podmiot trzeci wraz z referencjami podmiotu trzeciego aby wykazać spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia wezwie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie przewidzianym dla podmiotu trzeciego. Obowiązek złożenia dokumentów podmiotowych dla podmiotu trzeciego wynika z zapisów SIWZ - rozdział VII ust. 3 pkt 2, zapisów art. 26 ust. 2b Pzp oraz §1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817). Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp poprzez żądanie przez Zamawiającego wykazania sposobu reprezentacji podmiotu trzeciego tj. aktualnego odpisu z właściwego rejestru jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert - dla komplementariusza, Zamawiający uznaje za zasadny z powodu niewykonania czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do wyjaśnienia tej sprawy na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp jest konsekwencją działania Zamawiającego, tj. wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty, dlatego też Zamawiający informuje, że dokona ponownej oceny oferty Odwołującego. Uwzględniając całość zarzutów wniesionych w odwołaniu, Zamawiający stwierdził, że spełnił żądania Odwołującego poprzez powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz dokona ponownej oceny wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 389/13 na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu



Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....