

**Sygn. akt: KIO 149/12**

**WYROK**  
**z dnia 6 lutego 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **Agnieszkę Gajowczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany „AGAPP” Agnieszka Gajowczyk z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Zubrzyckiego 8a/4** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital w Szczecinku Sp. z o.o., 78-400 Szczecinek, ul. Kościuszki 38,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Inżynieryjno – Budowlanego „INFRA” Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Podmiejska 15 c** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 149/12 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddała odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Agnieszkę Gajowczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany „AGAPP” Agnieszka Gajowczyk z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Zubrzyckiego 8a/4 i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Agnieszkę Gajowczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany „AGAPP” Agnieszka Gajowczyk z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Zubrzyckiego 8a/4** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Agnieszki Gajowczyk prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany „AGAPP” Agnieszka Gajowczyk z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Zubrzyckiego 8a/4** na rzecz **Szpitala w Szczecinku Sp. z o.o., 78-400 Szczecinek, ul. Kościuszki 38** kwotę **4 779 zł 08 gr** (słownie: cztery tysiące siedemset siedemdziesiąt dziewięć złotych osiem groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów noclegu oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Koszalinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Szpital w Szczecinku Sp. z o.o., zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wykonanie rozbudowy z nadbudową budynku kuchni szpitala w Szczecinku wraz z wybudowaniem lądowiska wyniesionego dla helikopterów na części nadbudowanej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 listopada 2011 r., poz. 395900.

Pismem z dnia 19 stycznia 2012 r. (wpływ do Odwołującego w dniu 20 stycznia 2012 r.) Zamawiający poinformował wykonawcę Agnieszkę Gajowczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany „AGAPP” Agnieszka Gajowczyk, zwanego dalej „Odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, wskazując na brak dokumentu wymienionego w rozdziale 11 pkt 3 ppkt 3 SIWZ – informacji wykonawcy o sposobie postępowania z materiałami pochodzącymi z rozbiórki.

W dniu 25 stycznia 2012 r. (pismem z dnia 23 stycznia 2012 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 24 stycznia 2012 r.) wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności podjętych przez Zamawiającego w ramach postępowania o zamówienie publiczne, tj.:

1. odrzucenia oferty Odwołującego,
  2. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane „INFRA” Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, zwanego dalej „wykonawcą INFRA”,
  3. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
- zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy INFRA,
3. dokonanie ponownej czynności oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający nie miał żadnej podstawy prawnej m.in. do żądania informacji o sposobie postępowania z materiałami pochodzącymi z rozbiórki. Informacja ta nie jest wymieniona w rozporządzeniu w sprawie dokumentów jako dokument, złożenia którego Zamawiający może żądać. W związku z powyższym mógł on tylko sugerować wykonawcom, że wskazane jest aby taki dokument załączyli do składanej oferty. W przypadku jego niezłożenia nie mógł natomiast wyciągać w stosunku do wykonawcy negatywnych konsekwencji. Zamawiający nie postawił żadnego warunku na potwierdzenie spełnienia którego informacja ta miała być złożona. Nadto dodał, iż informacja ta nie stanowi istotnych elementów umowy o roboty budowlane oraz istotnych elementów oferty złożonej w celu zawarcia takiej umowy. W załączonym do oferty wzorze umowy nie ma żadnego zapisu traktującego o postępowaniu z materiałami z rozbiórki. Informacja ta nie może być więc podstawą do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nadto Odwołujący kwestionował zasadność żądania kwestionowanego dokumentu, w tym także w kontekście pojęcia „treści oferty” i „treści SIWZ”.

W dniu 25 stycznia 2012 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 26 stycznia 2012 r. (pismem z dnia 25 stycznia 2012 r.) wykonawca INFRA przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale 11 SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie należy załączyć do oferty” pkt 3 „Inne dokumenty” ppkt 3 wskazał „Informacja wykonawcy o sposobie postępowania z materiałami pochodzącymi z rozbiórki wraz ze wskazaniem miejsca i sposobu innego wykorzystania tych materiałów. Odpady z rozbiórki będą zagospodarowane zgodnie z ustawą o gospodarce odpadami. Wykonawca każdorazowo na żądanie zamawiającego przedłoży dokument potwierdzający przyjęcie odpadów do utylizacji lub składowania.”.

Odwołujący żądano dokumentu wraz z ofertą nie złożył.

Zamawiający, pismem z dnia 19 stycznia 2012 r., poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, wskazując w uzasadnieniu na brak dokumentu wymienionego w rozdziale 11 pkt 3 ppkt 3 SIWZ – informacji wykonawcy o sposobie postępowania z materiałami pochodzącymi z rozbiórki.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (...)”. Oznacza to, iż ma miejsce wówczas sytuacja, w której treść oferty danego Wykonawcy, a więc treść oświadczenia złożonego przez tego Wykonawcę, zawierającego zobowiązanie do zaspokojenia potrzeb i wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ, jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta może przejawiać się zarówno w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, sposobie jego realizacji, jak i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Istotne jest przy tym aby ta odmienność dotyczyła tylko i wyłącznie wymagań merytorycznych realizacji przedmiotu zamówienia określonych w treści SIWZ. Koniecznym jest bowiem aby świadczenie Wykonawcy odpowiadało swoją treścią opisowi wszystkich zachowań Wykonawcy, których oczekiwał Zamawiający na etapie konstruowania opisu przedmiotu zamówienia i których to opis zawarty został w treści SIWZ.

Niewątpliwym jest, iż w niniejszym stanie faktycznym wymóg złożenia przez Wykonawców wraz z ofertą „informacji o sposobie postępowania z materiałami pochodzącymi z rozbiórki” nie można uznać za wymóg formalny. Treść tego dokumentu, w świetle postanowień SIWZ, co słusznie podnosili Zamawiający i Przystępujący, wpływa na zobowiązanie zawarte w ofercie wykonawcy, gdyż określa sposób spełnienia świadczenia. Przedmiotem świadczenia Wykonawcy są bowiem nie tylko prace związane rozbudową i nadbudową opisanego w dokumentacji projektowej obiektu ale także przewidziane w przedmiotowej dokumentacji prace rozbiórkowe. Powyższe powoduje – co podnosił konsekwentnie Zamawiający na rozprawie - konieczność utylizacji lub przekazania

uprawnionemu podmiotowi do utylizacji odpadów powstałych podczas wykonywania robót budowlanych (rozbiórkowych), do wykonania których to prac Zamawiający zobowiązał Wykonawcę przedmiotu zamówienia. W świetle powyższego stwierdzić należy, iż dokument wskazujący sposób postępowania z materiałami pochodzącymi z rozbiórki (obejmujący wymagane i odpowiadające wymaganiu świadczenie Wykonawcy) istotnie ma charakter merytoryczny. I jako taki ów dokument mógł być żądany. Określał bowiem jeden z obowiązków (świadczeń) ciążących na danym Wykonawcy, kształtując treść jego zobowiązania.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, iż zarówno z treści ogłoszenia sekcja III pkt III.4) „Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy (...)”, ppkt III.6) „Inne dokumenty” jednoznacznie wynika, iż dokumentem do złożenia którego wykonawcy byli zobowiązani jest także „określenie sposobu postępowania z materiałami z rozbiórki”. Informacja ta (informacja o konieczności złożenia tego dokumentu) została także podana w treści SIWZ, a mianowicie w rozdziale 11 „Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie należy załączyć do oferty”. Brak było więc podstaw aby punkt 3 tego rozdziału traktować w oderwaniu od całej jego treści i wywodzić z niego (tylko i wyłącznie tego punktu) brak takiego obowiązku. Zdaniem Izby z postanowień treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i treści SIWZ jednoznacznie wynika obowiązek złożenia tego dokumentu. Niezłożenie przez Odwołującego wraz ofertą przedmiotowej informacji należy uznać za istotne uchybienie ze strony tego Wykonawcy. Tym samym stwierdzić należy, iż postawiony przez Odwołującego zarzut nie potwierdził się, gdyż treść jego oferty faktycznie nie odpowiada treści SIWZ.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, kosztów noclegu w wysokości 313,20 zł oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 865,88 zł, na podstawie faktury oraz spisu kosztów złożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....