

Sygn. akt: KIO 447/12

WYROK

z dnia 19 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2012 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim (97-300), ul. Południowa 17/19** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Koluszki, ul. 11 Listopada 65, 95-040 Koluszki**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Gminie Koluszki unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) treści oferty złożonej przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim w zakresie „Formularza cen jednostkowych na bieżące remonty i utrzymanie dróg gminnych i wewnętrznych położonych na terenie Miasta i Gminy Koluszki w latach 2012-2013” oraz „Formularza cen jednostkowych na bieżące remonty i utrzymanie dróg powiatowych położonych na terenie Miasta i Gminy Koluszki w latach 2012-2013” poprzez zastąpienie,**

w każdym z tych dwóch formularzy, w pozycji 25 („Profilowanie dróg równiarką drogową o mocy minimum 100 KM”), w kolumnie oznaczonej jako „j.m.”, wpisanego w ofercie oznaczenia jednostki miary „mb” wymaganym w SIWZ oznaczeniem jednostki miary, tj. „mth”,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Gminę Koluszki** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Gminy Koluszki** na rzecz wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim** kwotę **12 460 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Bieżące remonty nawierzchni i utrzymanie dróg powiatowych, gminnych oraz wewnętrznych na terenie administracyjnym Gminy Koluszki*” zostało wszczęte przez Gminę Koluszki, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (2012-32319) w dniu 8 lutego 2012 r.

Pismem z dnia 1 marca 2012 r. Zamawiający poinformował Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 6 marca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim, zwanego dalej Odwołującym.

Biorąc pod uwagę wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, a także oświadczenia i argumentację stron zaprezentowane na piśmie oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2) w związku z art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, którą Zamawiający zobowiązany był poprawić jako zawierającą omyłkę zdefiniowaną w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy. Przyznał on, iż w formularzu ofertowym 2A i 2B w poz. 25 zastąpił wskazaną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) jednostkę miary „*mth*” jednostką „*mb*”, była to jednak w jego ocenie omyłka nieistotna, której poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty.
- art. 24 ust. 2 pkt. 4), w związku z art. 25 ust. 1, z uwagi na uregulowania § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form,

w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817), zwanego dalej Rozporządzeniem w sprawie dokumentów, poprzez wykluczenie Odwołującego za brak złożenia w ofercie dokumentów i oświadczeń, których Zamawiający nie żądał i do żądania których nie był uprawniony, a ponadto, gdyby uznać, że takie uprawnienie wystąpiło, to zaniechał wezwania do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, iż Zamawiający w świetle postanowień SIWZ nie był uprawniony do żądania od niego, aby przedstawił wraz z ofertą odpis z odpowiedniego rejestru oraz oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia odnoszące się do podmiotów udostępniających Odwołującemu własne zasoby, tj. wymagane przez Zamawiającego narzędzia niezbędne do wykonania zamówienia.

- art. 7 ust. 1 i ust. 3 poprzez uznanie za najkorzystniejszą oferty Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, a także odrzucenie oferty i wykluczenie Odwołującego z postępowania.
- z ostrożności procesowej art. 26 ust. 3 i ust. 2b ustawy Pzp i poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo że Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, gdyby uznać, że były żądane poprzez zapisy SIWZ.

Uwzględniając tak postawione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia wykluczenia go z udziału w postępowaniu, unieważnienia odrzucenia złożonej przez niego oferty, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, poprawienia nieistotnej omyłki w treści jego oferty, ewentualne nakazanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a wreszcie uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izłą. Wnosił on o oddalenie odwołania, twierdząc, iż jest ono bezpodstawne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa lądowego na okoliczność oceny, czy w trakcie jednej godziny pracy równiarki drogowej możliwe jest wyprofilowanie jednego mb drogi zgodnej z SIWZ w niniejszym postępowaniu zgłoszonego przez Odwołującego. W ocenie składu orzekającego okoliczność ta nie jest istotna dla rozstrzygnięcia. Przekonanie to pozwoliło uznać Izbie, iż dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt XII.8 akapit trzeci SIWZ) zawarł informację, że w przypadku, gdy Wykonawca wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów odpisu z właściwego rejestru oraz podpisanego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia.

Zgodnie z pkt V SIWZ najniższa cena była jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

W pkt X.3 SIWZ Zamawiający postanowił, że cena ofertowa przyjęta do porównania złożonych ofert w formularzu ofertowym będącym załącznikiem nr 1 do SIWZ będzie sumą cen jednostkowych za poszczególne pozycje ujęte w formularzach cen jednostkowych (załącznik nr 2A i 2B do SIWZ). W każdym z tych dwóch formularzy, w pozycji 25. („Profilowanie dróg równiarką drogową o mocy minimum 100 KM”), w kolumnie oznaczonej jako „j.m.”, Zamawiający jako oznaczenie jednostki miary wskazał „mth”.

Przed upływem terminu składania ofert dwóch Wykonawców złożyło Zamawiającemu oferty. Odwołujący, który zaoferował niższą cenę, w treści swojej oferty, w obu formularzach cen jednostkowych, w pozycji 25. („Profilowanie dróg równiarką drogową o mocy minimum 100 KM”), w kolumnie oznaczonej jako „j.m.”, jako oznaczenie jednostki miary użył symbolu „mb”. Ponadto, wraz z ofertą złożył dwa dokumenty potwierdzające oddanie mu do dyspozycji przez inne podmioty narzędzi będących w dyspozycji tych podmiotów. Pierwszym z tych dokumentów była umowa z dnia 1 lutego 2011 r., której stroną obok

Odwołującego jest Frezdom Grzegorz Kazimierczak (jej przedmiotem było użyczenie czterech frezarek), drugim zaś zobowiązanie z dnia 22 lutego 2012 r. Przedsiębiorstwa Unidro S.A. do udostępnienia Odwołującemu kotła do asfaltu lanego.

Zamawiający, pismem z dnia 1 marca 2012 r. poinformował Wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego, a także o odrzuceniu złożonej przez niego oferty.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż zarzuty sformułowane przez Odwołującego znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący, jak to już zostało wyżej zaznaczone, twierdził, iż poczynił omyłkę w treści złożonej przez siebie oferty, wpisując w każdym z dwóch formularzy cen jednostkowych w pozycji 25. oznaczenie jednostki miary „mb”, zamiast wymaganego w SIWZ „mth”. Jak twierdził w odwołaniu „nie sporządził świadomie i celowo oferty w sposób odbiegający w tak nieznacznym stopniu (...) od ustaleń SIWZ”. Podnosił, iż omyłki tej nie można uznać za istotną, nie dotyczy ona bowiem ceny ofertowej. Oświadczenie to potwierdził w toku rozprawy przed Izba, kiedy wyraźnie potwierdził, iż jego zamiarem było zaoferowanie cen jednostkowych w pozycjach 25. (w każdym z dwóch formularzy cen jednostkowych) w takiej, a nie innej wysokości.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp warunkiem dokonania zmian w treści oferty, tj. sprostowania omyłek, jest ustalenie, iż elementy podlegające takim zmianom stanowią merytoryczną treść oferty, zaś ich odniesienie do treści SIWZ pozwala stwierdzić, że są one niezgodne z jej postanowieniami. Ponadto ich omyłkowe (odmienne) określenie musi wskazywać, iż wykonawca oferuje inny zakres świadczenia niż przewidziany w SIWZ. Należy także wskazać, iż ich dokonanie przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą stanowić zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów.

W rozpoznawanej sprawie można uznać, iż opisane powyżej kryteria spełniają omyłki w oznaczeniu jednostek w pozycjach 25. obu formularzy cenowych. Ich prawidłowa treść

znajduje się bowiem we wzorach określonych przez Zamawiającego. Zgodnie zaś z oświadczeniem Odwołującego, jego zamiarem było zaoferowanie w każdej z powołanych pozycji formularzy cenowych ceny w takiej wysokości, jaką podał w ofercie złożonej Zamawiającemu. Rozbieżność z treścią SIWZ polega jedynie na wskazaniu innej jednostki miary w każdej z tych dwóch pozycji formularza. W porównaniu do SIWZ, w treści oferty złożonej przez Odwołującego, zmianie nie uległa treść powołanych pozycji formularzy opisujących zakres rzeczowy usługi tam sprecyzowanej. Zachowana została również wysokość cen zaoferowanych w pozycjach 25. obu formularzy cenowych (stanowisko Odwołującego nie pozostawiało tu w ocenie Izby wątpliwości, iż jego zamiarem było zaoferowanie cen jednostkowych w takich właśnie wysokościach), a tym samym nie zmieniona została też w żaden sposób całkowita cena ofertowa. Dlatego też poprawienie oznaczenia jednostki miary, z podanej przez Odwołującego „mb”, na wskazaną w SIWZ „mth”, zdaniem Izby, ocenione zostać musi jako zmiana, która nie pociągnie za sobą istotnej modyfikacji treści oferty złożonej przez Odwołującego. Tym samym działanie takie wypełniałoby przesłanki poprawienia omyłek w treści oferty wykonawcy ustanowione w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Dlatego też zaniechanie przez Zamawiającego takiego działania słusznie zostało przez Odwołującego uznane za naruszenie przepisów ustawy Pzp. To z kolei pozwalało stwierdzić, że Zamawiający w sposób niezgodny z literą art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego. W przypadku, gdyby nie zaniechał poprawienia omyłki w treści oferty złożonej przez Odwołującego, nie miałby podstaw do odrzucenia tej oferty. Kierując się tym przekonaniem Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp za zasadny.

Niezależnie od powyższego Odwołujący twierdził, iż Zamawiający naruszył również art. 24 ust. 2 pkt. 4), w związku z art. 25 ust. 1, z uwagi na uregulowania § 1 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia za brak złożenia w ofercie dokumentów i oświadczeń odnoszących się do podmiotów udostępniających Odwołującemu własne zasoby, tj. wymagane przez Zamawiającego narzędzia niezbędne do wykonania zamówienia.

Słusznie twierdził Odwołujący, iż pkt XII.8 akapit trzeci SIWZ) stanowi powtórzenie treści § 1 ust. 2 ustawy Pzp Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zgodnie z jego treścią w przypadku, gdy Wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, był on zobowiązany przedstawić w odniesieniu do tych podmiotów właściwy odpis z właściwego rejestru oraz podpisane oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia.

Analiza przedstawionych przez Odwołującego wraz jego ofertą dwóch dokumentów, które potwierdzają oddanie Odwołującemu do dyspozycji przez inne podmioty narzędzi będących w dyspozycji tych podmiotów, pozwala uznać, iż z dokumentów tych nie wynika, aby podmioty te miały uczestniczyć w realizacji, choćby części, zamówienia. Zauważyć należy, iż Zamawiający nie wykazał, aby z treści oferty złożonej przez Odwołującego, czy też jakichkolwiek dokumentów z nią złożonych, wynikało, aby podmioty udostępniające swoje narzędzia Odwołującemu miały w realizacji zamówienia brać udział. Czym innym jest bowiem udostępnienie wykonawcy narzędzi, a czym innym zobowiązanie się do partycypacji w wykonaniu zamówienia. Z powołanych dwóch dokumentów wynika jedynie wola udostępnienia Odwołującemu wskazanych w nich narzędzi. Tym samym za zbyt daleko idące i nie mające oparcia w dokumentacji postępowania, należy uznać przypuszczenia Zamawiającego, iż podmioty te będą uczestniczyły w realizacji przedmiotu zamówienia, tylko dlatego, że narzędzia udostępniane Odwołującemu są narzędziami specjalistycznymi, a tym samym wymagającymi obsługi przez wykwalifikowaną kadrę. Dlatego też, w ocenie Izby, Odwołujący słusznie podnosił, że Zamawiający nie miał podstaw ku temu, aby żądać od niego złożenia odpisu z odpowiedniego rejestru oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia odnoszących się do podmiotów udostępniających Odwołującemu własne zasoby. To z kolei pozwalało uznać, że Zamawiający nie miał prawa wykluczyć Odwołującego, na podstawie art. 22 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie można było bowiem przyjąć, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z uwagi na fakt nieprzedstawiania Zamawiającemu dokumentów, których w świetle SIWZ nie miał obowiązku złożyć. W tej sytuacji brak było zatem podstaw, aby przesądzać o obowiązku zastosowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględnienie powyżej rozpoznanych zarzutów pozwoliło Izbie uznać zarzut, iż czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także odrzucenia złożonej przez niego oferty, naruszały również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba uwzględniła

w szczególności § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony zalicza w poczet kosztów postępowania w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: