

Sygn. akt: KIO 652/15

**WYROK**

**z dnia 14 kwietnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2015 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej S. M.** w Krośnie przy ul. Mięslowicza 2 (38-400 Krosno), **ISOPLUS Polska Sp. z o.o.** z/s w Katowicach przy ul. Żeliwnej 43 (40-599 Katowice)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.** z siedzibą w Jaśle przy ul. Piotra Skargi 86A (38-200 Jasło)

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **F. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowo-Produkcyjne FRIB-EX** w Rudzie Śląskiej przy ul. Żdziebkowskiego 1 (41-700 Ruda Śląska), **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o.** z siedzibą w Rudzie Śląskiej przy ul. Na Łąkach 9 (41-700 Ruda Śląska) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1 Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 27.03.2015 r. wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i**

**Sanitarnej S. M., ISOPLUS Polska Sp. z o.o. oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Jaśle i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej S. M. w Krośnie, ISOPLUS Polska Sp. z o.o. z/s w Katowicach, tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Jaśle na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej S. M. w Krośnie, ISOPLUS Polska Sp. z o.o. z/s w Katowicach, kwotę **13.600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krośnie.**

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Jaśle w trybie przetargu nieograniczonego na *odbudowę urządzeń ciepłowniczych w Jaśle* (znak sprawy ZEC/1499/2015), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23.02.2015 r., poz. 39842, wobec czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej S. M., ISOPLUS Polska Sp. z o.o. (Konsorcjum), zostało wniesione w dniu 31 marca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie tegoż Konsorcjum (sygn. akt KIO 652/15).

Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 27.03.2015 r. w zawiadomieniu przekazanym pocztą elektroniczną. W dniu 31.03.2015 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wniesieniu odwołania faksem i pocztą.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza kwoty określonej w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) dla robót budowlanych, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej” i wynosi brutto 6.552.033,15 PLN.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty i zaniechaniu jej wyboru jako najkorzystniejszej. W wyniku tych czynności Zamawiający naruszyć miał przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.

1. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 poprzez odrzucenie oferty bez podania uzasadnienia faktycznego;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 poprzez podanie podstawy prawnej odrzucenia bez uzasadnienia faktycznego, przy czym oferta Odwołującego jest zgodna z ustawą;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez podanie podstawy prawnej bez uzasadnienia faktycznego, przy czym oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu;
4. art. 89 ust. 1 poprzez wskazanie na okoliczność wprowadzenia niedopuszczalnej zmiany treści oferty, która nie miała miejsca.

Odwołujący wniósł o uznanie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne przeprowadzenie badania i oceny oferty Odwołującego i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu podstawy odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1) oraz nieodpowiadającej treści siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2), Zamawiający wskazał, że *Wykonawca nie potwierdził wykonania zamówienia zgodnie z ofertą. Uzupełnionymi dokumentami wprowadził istotne zmiany do treści oferty co sprzeczne jest z art. 84 ust. 1 ustawy pzpr.*

Wskazując na wadliwość czynności Zamawiającego Odwołujący odniósł się do przepisu art. 92 ust. 1 ustawy, nakładającego na Zamawiającego obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia ofert. W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego brak jest uzasadnienia faktycznego, gdyż nie wskazano na czym polega niezgodność oferty z ustawą, jak również nie wyspecyfikowano z jakim postanowieniami siwz oferta jest niezgodna. Zamawiający również nie sprecyzował jakich niedopuszczalnych istotnych zmiany do treści oferty dokonał Odwołujący. Powyższe uchybienia prowadzą do uznania czynności Zamawiającego za nieskuteczną.

Ponadto informacja przekazana przez Zamawiającego utrudnia podjęcie obrony co zdaniem Odwołującego jest równoznaczne z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust.1 ustawy.

Z tych względów czynność Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego powinny być unieważnione.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U poz. 1232), zwanej dalej „ustawą”.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania i rozpoznała je na rozprawie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Zakres zarzutów i żądań z nich wynikających wskazywały na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przez wzruszenie wyniku oceny oferty Odwołującego - odrzuconej, której brak uzasadnienia faktycznego mógł uniemożliwić podjęcie kontroli w ramach środków ochrony prawnej. W konsekwencji powtórzonych czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego, Zamawiający zobowiązany byłby do przywrócenia do oceny oferty Odwołującego i powtórzenia czynności w postępowaniu z zachowaniem zasady przejrzystości postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego. Uchybienie tej zasadzie, będącej jedną z naczelných wytycznych stanowiących gwarancję prawidłowości podjętych czynności, musi być traktowane jako naruszające interes każdego z wykonawców ubiegających się o zamówienie, przez faktyczne ograniczenie możliwości podjęcia czynności zmierzających do jego ochrony. Sytuacja odrzucenia oferty wykonawcy bez wskazania uzasadnienia faktycznego z założenia prowadzić może do szkody, gdyż wykonawca pozbawiony zostaje faktycznej możliwości podjęcia obrony przed utratą zamówienia.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie przy rozstrzyganiu w przedmiocie podniesionych zarzutów naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 84 ust. 1 ustaw.

Zasadniczo podstawa zarzutów sprowadzała się do wykazania tezy o braku uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz oceny jako bezpodstawnego stanowiska Zamawiającego o dokonaniu niedozwolonej zmiany w treści oferty. W związku z brakiem uzasadnienia Odwołujący podnosił, iż nie mógł ustalić podstawy faktycznej, dla której oferta została przez Zamawiającego oceniona, jako sprzeczna z ustawą oraz niezgodna z treścią siwz i podjąć się merytorycznej polemiki z czynnością odrzucenia jego oferty. Stąd zarzuty nie odnoszą się do merytorycznej oceny czynności Zamawiającego jako uzasadnionej okolicznościami, co do których Odwołujący powziął wiedzę dopiero z odpowiedzi na odwołanie.

Podstawę dla rozstrzygnięcia stanowiło zatem uzasadnienie, jakie podał Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 27 marca 2015 r. poddane przez Izbę ocenie pod kątem wypełnienia obowiązku z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający podał w uzasadnieniu, iż *Oferta jest niezgodna z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp). Oferta nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp). Wykonawca nie potwierdził wykonania zamówienia zgodnie z ofertą. Uzupelnionymi dokumentami wprowadził istotne zmiany do treści oferty co sprzeczne jest z art. 84 ust. 1 ustawy pzp.*

Zamawiający uznał, iż z przywołanej treści uzasadnienia Odwołujący mógł powziąć wiedzę o faktycznej podstawie uznania oferty za niezgodną z ustawą i treścią siwz, mając na uwadze poprzedzające czynność odrzucenia oferty wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów, do jakich Odwołujący został wezwany pismem z dnia 23.03.2015 r.

Zamawiający pierwotnie wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą, którą to czynność unieważnił w związku z informacją o niezgodnej z przepisami ustawy czynności z dnia 19.03.2015 r. wniesioną przez konsorcjum w składzie F. N. Przedsiębiorstwo Handlowo-

Usługowo-Produkcyjne „FRIB-EX”, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MPRD Sp. z o.o. W informacji złożonej Zamawiającemu, wykonawca szczegółowo wskazywał na przyczyny, dla których dokonana czynność wyboru oferty poprzedzona jej badaniem nie może być uznana za prawidłową, co miało być spowodowane co najmniej niedostatecznym wyjaśnieniem treści oferty Odwołującego i uznaniu jej za poprawną pod względem wymagań zawartych w siwz. Zamawiający przed zakończeniem ponownej oceny ofert nie udostępnił Odwołującemu treści pisma z dnia 19.03.2015 r., wskazując jedynie w informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego na fakt złożenia zastrzeżeń, w których podniesiono, że jest ona niekompletna i nie spełnia wymogów określonych w pkt 5 siwz w zakresie dotyczącym systemu rur preizolowanych o średnicy płaszcza osłonowego powyżej 315 mm, gdyż złożona oferta nie zawiera dokumentu mającego na celu wykazanie posiadania przez izolację tych rur współczynnika  $\lambda 50$ . Zamawiający uznając w powyższym zakresie za zasadną unieważnił czynność badania, oceny i wyboru złożonych ofert i zapowiedział ponowne podjęcie czynności badania, oceny i wyboru ofert złożonych w postępowaniu.

W piśmie z dnia 23.03.2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia złożonej oferty o dokument określony w pkt 9.5.2 siwz dla całości przedmiotu zamówienia. Wezwanie dotyczyło dokumentu potwierdzającego, że przedmiot zamówienia po jego wykonaniu będzie spełniał wymogi postawione w SIWZ - *kart katalogowych zaoferowanych materiałów, które w przypadku rur preizolowanych winny zawierać także informacje o zastosowaniu bariery dyfuzyjnej lub jej braku oraz określać współczynnik przewodzenia ciepła dla izolacji  $\lambda 50$ .*

W odpowiedzi na odwołanie oraz w ustnym wystąpieniu na rozprawie Zamawiający wskazał, iż o niedozwolonej zmianie oferty świadczyć miało wyjaśnienie Odwołującego z pisma z dnia 24.03.2015 r., w którym wskazał, iż *Dla przedmiotowego zadania oferujemy rury preizolowane produkowane metodą Conti (dla zakresu podanego w pkt. 1) oraz rury produkowane metodą tradycyjną dla zakresu średnic powyżej DN200/315 mm.*

Oświadczenie to miało odbiegać w sposób zasadniczy od oferty, w której Odwołujący zadeklarował w pkt 9 formularza wykonanie przedmiotu zamówienia – *systemem rur preizolowanych z rur stalowych preizolowanych z płaszczem osłony cm DN 50 z aluminiową folią ochronną (schematy adaptacyjne sieci ciepłowniczych wraz z dokumentami rur preizolowanych w załączeniu oferty).*

W świetle dokonanych ustaleń Izba uwzględniła odwołanie uznając, iż Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego nie uzasadnił swojej decyzji, co uniemożliwiło ocenę tej czynności jako prawidłowej, a tym samym miało wpływ na wynik postępowania.

Izba uznała, iż uzasadnienie jakie przedstawił Zamawiający dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie zawierało wskazania na okoliczności faktyczne, z których wynikać miałyby, iż oferta jest sprzeczna z ustawą, niezgodna z treścią siwz, a wykonawca dokonał niedozwolonej modyfikacji treści oferty po jej otwarciu. Jedyne rozwinięcie – poza przywołaniem brzmienia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, zawierało się w stwierdzeniu, iż wykonawca nie potwierdził wykonania zamówienia zgodnie z ofertą, a uzupełnionymi dokumentami wprowadził istotne zmiany do treści oferty. Z tak lakonicznego stwierdzenia nie można ustalić w jakim elemencie oferta nie potwierdza wykonania zamówienia w sposób wymagany przez Zamawiającego w siwz – brak jest przywołania konkretnej treści oferty i wymagania, z którym oferta ta miałaby pozostawać w sprzeczności, nie wiadomo również na czym polegać miałyby zmiany oferty dokonane uzupełnionymi dokumentami. Dopiero z odpowiedzi na odwołanie i argumentacji prezentowanej na rozprawie możliwe było uzyskanie tych informacji. Izba nie przychyliła się do stanowiska, iż Odwołujący mógł i powinien był domyślić się (jako profesjonalista), w czym Zamawiający upatruje podstawy do odrzucenia oferty. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek wyjaśnienia przyczyn, które zdecydowały o odrzuceniu oferty, czy też wykluczeniu wykonawcy z postępowania. To Zamawiający, a nie wykonawcy podejmują czynności w postępowaniu, a zatem nie można przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za uchybienia leżące po stronie Zamawiającego. Izba uznała, iż również czynności poprzedzające decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego nie pozwalały na jednoznaczne wskazanie podstawy faktycznej negatywnej oceny oferty Odwołującego. Fakt, iż Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów (kart katalogowych) nie dostarcza żadnej informacji szczegółowej, gdyż samo wezwanie było ogólnikowe przez przywołanie samego punktu siwz zawierającego opis wymaganych dokumentów, a Zamawiający nie sprecyzował jakich dokumentów brakuje w ofercie (pierwotnie ocenionej jako prawidłowa i uznanej za najkorzystniejszą), jak również nie wskazał w jakim zakresie oferta uniemożliwia jej ocenę jako zgodną z siwz. To, że wykonawca przedstawił w sposób intuicyjny dokumenty dotyczące materiałów, ich właściwości nie mogło rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, przez odrzucenie oferty. Zamawiający potwierdził na rozprawie, iż wykonawca uzupełnił prawidłowo dokumenty, wskazując jednocześnie, iż to wyjaśnienie wykonawcy dostarczyło nowych informacji, które doprowadziły do stwierdzenia dokonania modyfikacji treści oferty. Zamawiający w wezwaniu nie wskazywał na oświadczenie z pkt 9 oferty, które okazało się mieć znaczenie dla oceny oferty, jako prawidłowej pod kątem możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Gdyby Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty sprecyzował w czym upatruje zmiany oświadczenia z oferty, Odwołujący miałby możliwość podjęcia się merytorycznej polemiki z

Zamawiającym. Izba nie badała wystąpienia podstawy faktycznej odrzucenia oferty, która nie została wskazana w informacji i z tej racji nie była objęta przedmiotem zaskarżenia. Podstawę dla uwzględnienia odwołania stanowił brak uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty, co w ustalonych okolicznościach, w jakich została ona podjęta naruszało art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby, nie można dopuścić do sytuacji, w której czynności Zamawiającego, w szczególności istotna dla wyniku postępowania, pozostawałaby poza obiektywną kontrolą wykonawców oraz kontrolą instancyjną, do czego prowadził w badanej sprawie brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty najtańszej. Od wyników jej oceny uzależnione było ustalenie wyniku postępowania, a zatem bez poznania w sposób określony w ustawie przyczyn odrzucenia oferty, czynność jej oceny nie mogła być utrzymana jako wiążąca.

W konsekwencji zasadności zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy koniecznym było uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji również wyboru oferty najkorzystniejszej, których ocena nie była obiektywnie możliwa.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego stwierdzone rachunkiem przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmującym wynagrodzenie pełnomocnika.

**Przewodniczący: .....**