

Sygn. akt KIO/UZP 418/09

WYROK
z dnia 15 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Ewa Jankowska
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zofię Hebel, Andrzeja Knopika oraz Dariusza Krakowskiego Biuro Usług Geodezyjno – Kartograficznych „GEOMETR” S.C., ul. Jagiellońska 55, 83–110 Tczew** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Gdańsku, ul. Powstańców Warszawy 28, 83–000 Pruszcz Gdański** protestu z dnia 5 marca 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Agencję Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Gdańsku, ul. Powstańców Warszawy 28, 83–000 Pruszcz Gdański i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zofię Hebel, Andrzeja Knopika oraz Dariusza Krakowskiego - Biuro Usług Geodezyjno–Kartograficznych „GEOMETR” S.C., ul. Jagiellońska 55, 83–110 Tczew,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Agencję Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Gdańsku, ul. Powstańców Warszawy 28, 83–000 Pruszcz Gdański** na rzecz **Zofii Hebel, Andrzeja Knopika oraz Dariusza Krakowskiego - Biuro Usług Geodezyjno–Kartograficznych „GEOMETR” S.C., ul. Jagiellońska 55, 83–110 Tczew** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zofii Hebel, Andrzeja Knopika oraz Dariusza Krakowskiego - Biuro Usług Geodezyjno–Kartograficznych „GEOMETR” S.C., ul. Jagiellońska 55, 83–110 Tczew.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Agencja Nieruchomości Rolnych Oddział Terenowy w Gdańsku z siedzibą w Pruszczu Gdańskim prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie usług geodezyjno-kartograficznych na nieruchomościach znajdujących się w Zasobie Własności Rolnej Skarbu Państwa na terenie województwa pomorskiego z możliwością składania ofert częściowych.

W dniu 2 marca 2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach postępowania w częściach 3 i 6 zamówienia – informując zgodnie z art. 92 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dalej zwanej: Pzp, o wyborze najkorzystniejszej oferty i o ofercie odrzuconej.

Czynności te stały się przedmiotem odwołania poprzedzonego protestem wniesionego przez Zofię Hebel, Andrzeja Knopika oraz Dariusz Krakowskiego prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Usług Geodezyjno-Kartograficznych "GEOMETR" S.C. z siedzibą w Tczewie, zwanych dalej łącznie odwołującymi się.

Odwołujący się zarzucili zamawiającemu:

1. bezprawne działanie polegające na przyjęciu, że złożona przez odwołujących się oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej zwanej siwz, ze względu na brak istotnego postanowienia - proponowanej oferty ceny;
2. bezprawne zaniechanie czynności wezwania odwołujących się do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert w trybie art. 87 ust 1 Pzp;
3. bezprawne zaniechanie czynności poprawienia w ofercie omyłki polegającej na niezgodności treści oferty ze siwz nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty przez dokonanie powtórzenia wpisu ceny w złożonym druku oferty w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp;
4. bezprawne działanie polegające na odrzuceniu oferty odwołujących się ;
5. bezprawne działanie polegające na bezprawnym wyborze oferty mniej korzystnej od odrzuconej oferty odwołujących się .

Wskazując na naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 Pzp w zw. z art.66 w zw. art. 60 k.c. odwołujący się żądali

1. przyjęcia, że złożona przez odwołujących się oferta odpowiada treści siwz;
2. unieważnienia odrzucenia oferty odwołujących się;
3. wezwania odwołujących się do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;
4. poprawienia w ofercie odwołujących się omyłki polegającej na niezgodności treści oferty ze siwz, nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty przez dokonanie powtórzenia wpisu ceny w złożonym druku oferty w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp;
5. ponownego dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu;
6. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
7. zasądzenie na rzecz odwołujących się od zamawiającego kosztów;
8. przeprowadzenie wskazanych dowodów z dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania oraz oświadczeń stron.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący się wskazali, że brak wpisania ceny za wykonanie zadania w załączniku nr 2 do siwz nie uzasadnia odrzucenia złożonej oferty, gdyż wypełniony został formularz cenowy – załącznik nr 2a do siwz. Odwołujący się złożyli ofertę wyłącznie na zadanie nr 3, proponując jasno i wyraźnie określoną cenę brutto, która nie została przeniesiona do formularza oferty wyłącznie w wyniku przeoczenia. Odwołujący się podnieśli, że odwołanie się do art. 66 k.c., jako uzasadnienia odrzucenia oferty, nie jest prawidłowe, gdyż wbrew stanowisku zamawiającego cena została zaproponowana w ofercie.

W oparciu o postanowienia pkt 3.1.1 i 2 siwz odwołujący się wywiedli, że istnieją dwie możliwe interpretacje okoliczności jakie dokumenty tworzą ofertę, tzn. stanowią ją bądź oba załączniki 2 i 2a lub też jeden z nich.

W ocenie odwołujących się prawidłowe jest pierwsze stanowisko, co wynika ze sformułowania pkt 3.1 siwz „ofertę stanowi”, treść pkt 2 formularza oferty oraz odesłanie do w treści wzoru umowy § 3 ust. 1 – załącznika nr 6 do siwz, do formularza cenowego. Zatem prawidłowe wypełnienie formularza cenowego jest wystarczające do uznania, że odwołujący się złożyli prawidłową ofertę.

Odwołujący się wywiedli również, że nawet przyjęcie poglądu, że ofertę tworzą oba załączniki 2 i 2a nie uzasadnia poglądu zamawiającego, gdyż w okolicznościach sprawy winien on najpierw skorzystać z art. 87 ust. 1 Pzp, a po otrzymaniu wyjaśnień dokonać poprawy formularza oferty przez uzupełnienie o cenę podaną w formularzu cenowym, co nie stanowi istotnej zmiany treści oferty. Na poparcie argumentacji odwołujący się przywołali również orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 11/09 oraz z dnia 23 stycznia 2009r sygn. akt KIO/UZP 16/09.

Odwołujący się wywiedli również, że złożona przez nich oferta odpowiada dyspozycji art. 66 § 1 k.c. a fakt podanie w niej ceny nie budził wątpliwości na etapie otwarcia ofert, podczas którego cena oferty została odczytana i zaprotokołowana.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminie ustawowym tj. protest w dniu 6 marca 2009 r. (pismo z dnia 5 marca 2009 r.), odwołanie za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego w dniu 31 marca 2009 r. (pismo z dnia 30 marca 2009 r.). Spełniony został wynikający z art. 184 ust. 2 Pzp warunek jednoczesności przekazania kopii treści odwołania zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 20 marca 2009 r. (przekazanym *via* faks w dniu 23 marca 2009 r.) oddalił protest. W uzasadnieniu zamawiający stwierdził, że złożona przez odwołujących się oferta jest niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych, jej treść nie odpowiada treści siwz i jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego. Stanowisko powyższe Zamawiający wywiódł z art. 66 § 1 k.c., art. 82 ust 2 i 3 Pzp i z części II siwz pkt 3.1.1. i 3.1.2, wskazując że w ofercie brak istotnego postanowienia proponowanej oferty - ceny. Zamawiający podniósł, że wbrew wymaganiom siwz, jedynie formularz cenowy, świadczący o sposobie wyliczenia ceny, został sporządzony prawidłowo, natomiast formularz ofertowy, który stanowi integralną część oferty został sporządzony w sposób wadliwy przez nie wpisanie „najważniejszego elementu oferty - ceny, która stanowiła 100% kryterium oceny oferty”.

Zamawiający wskazał, że wyrażona w ofercie propozycja zawarcia umowy powinna być tak sformułowana, że do zawarcia umowy, potrzebne jest jedynie oświadczenie Zamawiającego

o przyjęciu oferty wprost, zatem oferent powinien dochować należytej staranności i precyzyjnie określić istotne postanowienia proponowanej umowy, w tym cenę. Bez określenia ceny umowa nie może dojść do skutku, ponieważ złożenie oferty bez wskazanej za nią ceny nie indywidualizuje jej pod względem prawnym z innych ofert. Zamawiający oświadczył, że nie mógł wezwać wykonawcy do uzupełnienia formularza ofertowego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na to, iż cena stanowi istotny element zamówienia oraz nie mógł skorzystać z art. 87 ust 1 Pzp, gdyż niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczącej złożonej oferty prowadzącej do zmiany jej treści.

Po o ustaleniu na posiedzeniu, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący się podtrzymali dotychczasowe stanowisko, natomiast zamawiający oświadczył, że brak podania ceny w formularzu oferty stanowi uchybienie o charakterze formalnym.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający określając przedmiot zamówienia podzielił go na 6 części i dopuścił możliwość składania ofert częściowych.

Zamawiający ustalił w części II pkt 3.1. siwz, że ofertę stanowi:

3.1.1. Wypełniony i podpisany druk " Formularz oferty" zgodny w treści z załącznikiem nr 2 do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3.1.2. Wypełniony i podpisany druk "Formularz cenowy" zgodny w treści z załącznikiem nr 2A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pkt 2 Formularza oferty – załącznik Nr 2 do siwz stanowi, że powyższa cena jest sumą iloczynów ilości poszczególnych rodzajów usług i cen jednostkowych brutto określonych w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do niniejszej oferty.

W części III siwz – opis sposobu obliczenia ceny oferty w pkt 2 zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest podać w ofercie cenę ryczałtową za usługi geodezyjne jako sumę iloczynów ilości poszczególnych rodzajów usług i cen jednostkowych brutto określonych w formularzu cenowym stanowiącym załącznik Nr 2A. Formularz cenowy winien być wypełniony oddzielnie dla każdego zadania częściowego. Cena wyliczona w Formularzu cenowym winna zostać przeniesiona do Formularza ofertowego stanowiącego załącznik Nr 2. Zamawiający do ustalenia ceny oferty przyjmuje łączną wartość brutto uwzględniającą podatek od towarów i usług.

W § 3 ust. 1 Pzp wzoru umowy – załącznik Nr 6 do siwz zamawiający ustalił, że zapłaci wykonawcy wynagrodzenie za rzeczywiście wykonane usługi, określone wg cen jednostkowych podanych w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 A do siwz.

Cena zgodnie z częścią IV pkt 1.1. siwz stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Odwołujący się złożyli ofertę wyłącznie na część 3, wypełniając stosowny formularz cenowy zgodnie z załącznikiem Nr 2A do siwz.

Formularz oferty sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 2 do siwz nie zawiera wskazanej ceny.

W części 3 odwołujący się zaoferowali najniższą cenę 132.919 zł – która podana została przez zamawiającego podczas otwarcia ofert i ujęta w protokole otwarcia ofert z adnotacją „z for. cenowego”.

Oferta uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą w części 3 złożona przez Biuro Geodezji Sp. z o. o. z siedzibą w Elblągu zawierała cenę – 136.945 zł.

W informacji o wynikach postępowania w części 3 i 6 z dnia 2 marca 2009 r. zamawiający stwierdził, że oferta odwołujących się nie zawiera ceny.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie dowodów ze znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania: ogłoszeniu o zamówieniu, siwz, informacji o odrzuceniu oferty odwołujących się z dnia 2 marca 2009 r., oferty odwołujących się oraz protokołu z dnia 11 lutego 2009 roku z otwarcia ofert. Izba rozważyła również stanowiska pełnomocników przedstawione na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiadają interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż odrzucenie złożonej przez nich oferty uniemożliwiło dokonanie jej oceny merytorycznej, a wobec zaoferowania najniższej ceny w części 3, pozbawiło odwołujących się możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Treść oferty odwołujących się jest zgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i z treścią siwz oraz jest ważna na podstawie odrębnych przepisów.

W myśl postanowień pkt 3.1. części II siwz w skład oferty wchodzi oba formularze – załączniki nr 2 i 2 A do siwz. Pod pojęciem oferty nie należy rozumieć wyłącznie formularza oferty. Treść pkt 2 formularza oferty, zgodnie z którą formularz cenowy stanowi załącznik do oferty, świadczy o niespójności postanowień siwz i treści załącznika Nr 2 do siwz, która nie powinna obciążać wykonawców. Wskazać też należy, że wbrew twierdzeniom zamawiającego, wykonawcy nie są zobowiązani występować do zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz. Z przepisu art. 38 ust. 1 Pzp wynika, że możliwość ta stanowi

uprawnienie wykonawcy. Wobec ukształtowania postanowienia pkt. 3.1 w części II siwz, nie ma podstaw do przyjęcia, że formularz cenowy ma znaczenie pomocnicze. W myśl przywołanych postanowień siwz stanowi on ofertę na równi z formularzem cenowym.

Z treści formularza oferty i formularza cenowego odwołujących się wynika w sposób nie budzący wątpliwości, fakt prawidłowego podania ceny za realizację części 3 zamówienia. Skoro odwołujący się ubiegali się wyłącznie o część 3 zamówienia, to kwota wynikająca z prawidłowo wypełnionego formularza cenowego stanowi cenę oferty odwołujących się. Brak jest zatem podstaw do twierdzenia, że odwołujący się nie wskazali ceny w ofercie. Wskazana w formularzu cenowym cena za realizację części 3 zamówienia, winna być przeniesiona wprost, bez konieczności dokonywania jakichkolwiek działań arytmetycznych lub innych operacji logicznych, które byłyby niezbędne gdyby odwołujący się złożyli ofertę na więcej części zamówienia, do formularza ofertowego. Z faktu, że odwołujący się nie uczynili tego, nie należy wywodzić, że nie zażądali ceny za realizację wybranej części zamówienia.

Cena została podana przez odwołujących się, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta odwołujących się nie zawiera *essentialia negotii* przyszłej umowy, zatem oferta odwołujących się odpowiada dyspozycji art. 66 § 1 k.c.

Nietrafnie wskazał zamawiający, że oferta odwołujących się jest nieważna na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, zatem nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Oferta odwołujących się nie podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

Należy odróżnić pojęcie treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp od wymagań formalnych dotyczących oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co wynika z literalnej treści przepisu oraz potwierdzone jest w stanowisku doktryny i orzecznictwa, odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia (treść oferty) i do merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (treść siwz). Zgodnie z postulatem racjonalnego ustawodawcy w podobny sposób należy rozumieć pojęcie treści oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Jeśli oferta wykonawcy, co do przedmiotu i sposobu świadczenia, odpowiada merytorycznym wymaganiom zamawiającego, to obowiązek złożenia oferty wg reguł ustalonych przez zamawiającego, w szczególności na ustalonych przez niego formularzach, wypełnionych zgodnie z określonymi wymaganiami, zakwalifikować należy, przede wszystkim, jako wymaganie o charakterze formalnym – co do sposobu prezentacji wymaganych treści merytorycznych oferty.

Brak podania w formularzu oferty odwołujących się ceny za realizację części 3 zamówienia, wskazanej w formularzu cenowym, będącym wg wymagań zamawiającego dokumentem

oferty, stanowi zatem uchybienie o charakterze formalnym, nie powodujące konieczności odrzucenia oferty.

Uchybienie, którego dopuścili się odwołujący się, podlega sanacji na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Stwierdzić należy, wbrew stanowisku zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu, że możliwe jest skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 Pzp. Wobec zaferowania ceny za wykonanie części 3 przez odwołujących się, wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie spowodują zmiany treści oferty.

Ekspozowany przez zamawiającego, jako przyczyna odrzucenia oferty odwołujących się, formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doznaje złagodzenia przez dyspozycję art. 87 ust. 2 Pzp znajdującego zastosowanie w sprawie. Trafnie podniósł odwołujący się, że możliwe jest poprawienie przez zamawiającego omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Pominięcie ceny w formularzu ofertowym powoduje, że oferta odwołującego się nie spełnia wszystkich wymagań zamawiającego zawartych w siwz, a jednocześnie nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, co odpowiada dyspozycji przywołanego przepisu.

W ocenie Izby, możliwe jest również skorzystanie, w okolicznościach sprawy, z dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Pominięcie ceny w formularzu ofertowym, przy podaniu jej w innym dokumencie oferty – formularzu cenowym, stanowi oczywistą omyłkę pisarską. Jest bezsporne, nie budzące wątpliwości, widoczne na pierwszy rzut oka, ma postać niedokładności przypadkowej, polegającej na przeoczeniu. Oczywista omyłka pisarska, której dopuścili się odwołujący się, jest możliwa do poprawy bez odwoływania się do innych, niż oferta, dokumentów.

Przywołany przepis art. 87 ust. 2 Pzp daje możliwość zamawiającemu poprawiania uchybień ofert merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub nie mających istotnego znaczenia z uwagi na oferowane świadczenie. Wskazać też należy, że dokonanie sanacji uchybień ofert na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp jest obowiązkiem, nie zaś uprawnieniem, zamawiającego. Odstępując od wykonania czynności wynikających z art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp, zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wskazane w odwołaniu i w konsekwencji dokonał wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą w sposób wadliwy, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Izba stwierdza również, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winien być postrzegany z uwzględnieniem celu postępowania o, którym jest wybór oferty z najniższą ceną, bądź oferty zawierającej najkorzystniejszy bilans cen i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego (art. 91 ust. 2 Pzp).

Zważyć należy ponadto, że zamawiający należący do

sektora finansów publicznych zobowiązani są do dokonywania wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów - art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz.2104 ze zm.).

„Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców” (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23.02.2007 roku, sygn. akt X Ga 23/07).

Reasumując Izba stwierdza, że zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołujących się z naruszeniem przepisów wskazanych w treści odwołania.

Stwierdzone naruszenia mogą mieć wpływ na wynik postępowania, zatem Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a Pzp uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*