

**WYROK**

**z dnia 18 lipca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 27 czerwca 2016 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum z siedzibą w Lesznie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Kościan z siedzibą w Kościanie**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert a także unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Gminę Kościan z siedzibą w Kościanie i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum z siedzibą w Lesznie tytułem wpisu od odwołania;**
  - 2) zasądza od Gminy Kościan z siedzibą w Kościanie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera**

**konsorcjum z siedzibą w Lesznie** kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kościan z siedzibą w Kościanie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Budowę kanalizacji sanitarnej w Kobylnikach”*.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 maja 2016 r. nr 1 pod poz. 122738.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Lesznie (zwani dalej: *„Odwołującym”*) w dniu 27 czerwca 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie wobec odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 8 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty z specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną również: *„SIWZ”*), jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. W konsekwencji Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz uznania oferty Odwołującego jako ważnej w niniejszym postępowaniu.

Czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 22 czerwca 2016 r. stała się przedmiotem odwołania, wniesionego w dniu 27 czerwca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Lesznie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera**

**konsorcjum w Lesznie - jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 27 czerwca 2016 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest „*Budowa kanalizacji sanitarnej w Kobylnikach*”.  
*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.*

• Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Rozdział XIII „*Sposób obliczenia ceny oferty*”, pkt 1. Za wykonanie przedmiotu zamówienia ustala się wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w art. 632 § 1 Kodeksu Cywilnego, pkt 2 Cenę oferty należy podać w formie ryczałtu. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks Cywilny ten rodzaj wynagrodzenia określa w art. 632 (...).

Ceny poszczególnych elementów zamówienia należy przedstawić w „Tabeli cen poszczególnych elementów zamówienia” zamieszczonej w załączniku nr 1 do niniejszej specyfikacji.

Wykonawca zobowiązany jest do wycenienia wszystkich pozycji ww. tabeli, poza pozycją 10, która jest pozycją dobrowolną. Wykonawca wpisuje wartość poz. 10 tylko jeżeli uzna, że dla prawidłowej realizacji zamówienia konieczne są inne nakłady, które nie zostały ujęte w pozycji 1-9 przedmiotowej tabeli. Jeżeli wykonawca uzna, że takich nakładów nie ma należy wpisać 0,00 zł. Sumaryczna cena ryczałtowa wyliczona na podstawie tabeli cen poszczególnych elementów zamówienia musi być zgodna z ceną podaną w formularzu ofertowym (pkt 2).

W przypadku rozbieżności Zamawiający przyjmie, że Wykonawca podał prawidłowo ceny poszczególnych elementów zamówienia i dokona stosownych poprawek.

W związku z tym prosimy o uwagę i dokładność podczas wpisywania cen poszczególnych elementów i ich sumowania.

Rozdział XIX „*Formalności, które powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy sprawie zamówienia publicznego*”, pkt 7 Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przed zawarciem umowy sporządził i przedłożył harmonogram rzeczowo-finansowy (wg. Wzoru przedstawionego przez Zamawiającego), który będzie stanowił integralną część umowy.

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 14-15, 20/.*

- Wzór umowy: § 3 „Termin realizacji umowy”, ust. 3 Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (co najmniej miesięczny (w rozumieniu miesiąc kalendarzowy) lub 30 dniowy (nie dotyczy ostatniego okresu rozliczeniowego)) stanowiący załącznik nr 6 do Umowy może być zmieniany, na umotywowany wniosek Wykonawcy lub Zamawiającego, z zastrzeżeniem zachowania postanowień § 3 ust. 2 oraz § 5 ust. 2 umowy.

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Wzór umowy, str. 3/.*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu oferty złożyli m. in. następujący wykonawcy:

1. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych ECOBUD z siedzibą w Czempinie – cena oferty: 1.450.170,00 zł brutto, okres rękojmi: 72 m-cy;
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Lesznie – cena oferty: 1.414.993,23 zł brutto, okres rękojmi: 72 m-cy.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 czerwca 2016 r., str. 2-3/*

Zamawiający pismem z dnia 13 czerwca 2016 r. wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Lesznie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

*/dokumentacja postępowania: Wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS”*

*Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Lesznie o wyjaśnienia z dnia 13 czerwca 2016 r./*

Pismem z dnia 16 czerwca 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Lesznie złożyli Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia.

*/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Lesznie z dnia 16 czerwca 2016 r./*

Zamawiający w dniu 22 czerwca 2016 r. poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Lesznie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 8 ustawy Pzp, z uwagi iż złożona przez nich oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów oraz jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

*/dokumentacja postępowania: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Lesznie z dnia 22 czerwca 2016 r./*

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Lesznie wnieśli odwołanie w dniu 22 czerwca 2016 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Lesznie z dnia 22 czerwca 2016 r. /.*

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 7 lipca 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z dnia 7 lipca 2016 r./*

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dotyczący niezgodności treści oferty z SIWZ. Zamawiający nie wskazał w podstawie odrzucenia oferty Odwołującego z jakimi postanowieniami SIWZ oferta tego wykonawcy jest niezgodna. Izba również nie dopatrzyła się postanowień SIWZ, z którymi złożona przez Odwołującego oferta mogłaby być niezgodna. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się w niniejszym stanie faktycznym.

Analogicznie – w ocenie Izby – Zamawiający nie wskazał w podstawie odrzucenia na czym czyn wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Transportowo-Spedycyjno-Handlowe „PRA-MAS” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Inżynierii sanitarnej „PIS” Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Lesznie miałyby polegać. Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że działanie wykonawcy było celowe, skoro Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, że było to z jego strony omyłkowe działanie. Ponadto Izba dokonując analizy dokumentacji postępowania wzięła pod uwagę następujące okoliczności. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zakazano wykonawcom zmiany elementów zamówienia podanych w formularzu ofertowym (w „Tabeli cen poszczególnych elementów zamówienia” zamieszczonej w załączniku nr 1 do niniejszej). Nie wskazano w żaden sposób, że stanowiąc one będą istotne postanowienia umowne. Wykonawca zobowiązany był do wypełnienia wszystkich pozycji, co uczynił. Nie istniał zakaz zmian tych elementów zamówienia, a zamówienie rozliczane było ryczałtem. Owszem, zgodzić należy się z Zamawiającym, że manipulacje mogą występować w również przy rozliczaniu ryczałtowym, jednakże w niniejszym przypadku kosztorys ofertowy nie był wymagany, a harmonogram rzeczowo-finansowy miał być dopiero dołączony z momentem podpisania umowy, nie zaś na etapie składania oferty w postępowaniu. W konsekwencji Izba

nie znalazła również podstaw do uznania oferty Odwołującego jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

Wobec powyższego Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności oceny ofert a także unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....