

**WYROK**

**z dnia 13 września 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2016 r. przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe "Agrobex" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego: Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Aquanet Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, reprezentowanych przez Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu,

przy udziale P. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Firma Remontowo Budowlana P. S.” w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe "Agrobex" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na wybudowanie dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych oraz wybudowanie sieci wodociągowej oraz sieci kanalizacji sanitarnej zgodnie z dokumentacją projektową przy ul. Dymka w Poznaniu, a także powtórzenie oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem tej oferty;
2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Aquanet Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe "Agrobex" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Aquanet Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu na rzecz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe "Agrobex" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Poznaniu.

.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Aquanet Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, reprezentowani przez Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wybudowanie dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych oraz wybudowanie sieci wodociągowej oraz sieci kanalizacji sanitarnej zgodnie z dokumentacją projektową przy ul. Dymka w Poznaniu.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w BZP poz. 144297 z 19.07.2016.

W dniu 24.08.2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

W dniu 29 sierpnia 2016 Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe "Agrobex" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem odrzucenia jej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

Pismem z dnia 24 sierpnia 2016 roku, zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego, Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo Zamówień Publicznych odrzucił ofertę spółki pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe i Handlowe „AGROBEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z tego powodu, że rzekomo oferta tej Spółki nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

ponieważ w formularzu ofertowym nie wpisano osoby kierownika budowy i w związku z tym, zdaniem Zamawiającego oferta ma być niezgodna z zapisem pkt 16.7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W świetle powyższego Odwołujący podaje, że faktycznie w treści formularza ofertowego nie wskazano osoby kierownika budowy, lecz osoba kierownika budowy wskazana została w załączniku do oferty - „Wykaz osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie”. W tym załączniku, pod numerem 1 wskazano, iż kierownikiem budowy będzie mgr inż. P. M. oraz wymieniono posiadane przez niego uprawnienia. Wskazany załącznik znajduje się na stronie 12 i 13 oferty Odwołującego.

Zgodnie z postanowieniem punktu 10 formularza oferty (strona 3 oferty Odwołującego) wszystkie wymagane załączniki są integralną częścią oferty. A skoro tak, to stwierdzić należy, że oferta odwołującego wskazuje osobę kierownika budowy, lecz czyni to w Wykazie osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie, nie zaś w formularzu ofertowym.

*W tym miejscu Odwołujący pragnie przytoczyć tezę wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 7 maja 2013 roku, sygn. akt XII Ga 186/13, w następującym brzmieniu : „Oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Nie musi natomiast wypełniać wymogów zamawiającego co do formy prezentacji. Każdy wymóg postawiony przez zamawiającego w SIWZ co do formy składanych ofert może być traktowany wyłącznie jako zalecenie sporządzenia oferty we wskazany sposób, nie zaś jako bezwzględny obowiązek wykonawców”.*

W świetle powyższej wypowiedzi Sądu Okręgowego stwierdzić należy, że w niniejszej sprawie sformułowany przez Zamawiającego wymóg, aby osoba kierownika budowy wskazana została w dwóch miejscach oferty (tj. raz w załączniku do oferty „Wykaz osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie” oraz drugi raz - bezpośrednio w formularzu ofertowym) traktować należy jako wymóg Zamawiającego co do formy prezentacji, a więc jako niewiążące Odwołującego zalecenie sporządzenia oferty we wskazany sposób.

Poza tym Odwołujący pragnie wskazać na fakt, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, gdy „jej treść”, a zatem treść oferty (nie zaś wyłącznie treść formularza ofertowego) nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W niniejszej sprawie oferta Odwołującego (rozumiana jako formularz ofertowy wraz ze wszystkimi załącznikami) odpowiada treści specyfikacji, bo wskazuje w jednym z załączników osobę kierownika budowy. Brak jest zatem podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego,

[...]

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020) do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy w brzmieniu sprzed wejścia w życie ww. nowelizacji.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Stan faktyczny sprawy został zgodnie z rzeczywistością zreferowany w treści odwołania cytowanej powyżej.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż według art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest

zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, który rzutuje na ustalenie jego treści.

Żądanie przez Zamawiającego wskazania w treści oferty osoby kierownika budowy, przy pomocy którego wykonawcy będą wykonywać przedmiot zamówienia było w tym przypadku oczywiste i jasne. Oczywiste jest również, że jest to tzw. wymóg merytoryczny, a więc dotyczący treści zobowiązania wykonawcy, które w ofercie zaciąga. Ponadto jest to wymóg istotny. Tym samym brak wskazania kierownika budowy w ofercie winien skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp bez możliwości jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Natomiast wynikające z pkt 16.7 SIWZ żądanie wskazania kierownika budowy nie tylko w ofercie, ale dokładnie we wskazanym miejscu formularza ofertowego, jest wymogiem formalnym, który niezależnie od deklaracji składanych przez Zamawiającego w treści SIWZ nie podlega sankcji z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Rekapitulując powyższe Izba stwierdza, że podanie przez Odwołującego osoby kierownika budowy w dodatkowym i odrębnym dokumencie, załączonym do formularza ofertowego i wskazanym jako jego załącznik, stanowi wskazanie w ofercie osoby kierownika budowy i czyni zadość tzw. merytorycznym wymaganiom SIWZ w tym zakresie. Treść oferty jest więc w tym przypadku jasna, niebudząca wątpliwości i zgodna z treścią SIWZ. Bez znaczenia w tym przypadku pozostaje, że rzeczony wykaz osób, w którym wskazano osobę kierownika budowy, nie był dokumentem wymaganym przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).