

Sygn. akt: KIO 890/12

**WYROK**  
**z dnia 16 maja 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**  
**Członkowie: Barbara Bettman**  
**Katarzyna Brzeska**

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 maja 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2012 r. przez **AJM Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum w składzie: **Waldemar Tymoszewski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TYM-BUD Zakład Remontowo-Budowlany Waldemar Tymoszewski, Comas Group**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wyjaśnienie treści oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;**
2. **Kosztami postępowania obciąża Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni i:**
  - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez AJM Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od **Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni** na rzecz **AJM Sp. z o.o.** kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przygotowanie infrastruktury pod trenażer Śnieżnik – budynek nr 104 CSzMW Ustka*.

W dniu 2 maja 2012 r. wykonawca AJM Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 91 ust. 1 oraz 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 26 kwietnia 2012 r. Zamawiający odrzucił złożoną przez niego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie wykazując jednocześnie faktycznej niezgodności oferty z ustawą.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał wezwania go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, pomimo że podwykonawca został wskazany we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez Odwołującego, a Zamawiający miał tego świadomość, co podkreślił m.in. uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego. Odwołujący oświadczył, że omyłkowo w formularzu ofertowym nie wskazał, czy przedmiot zamówienia zamierza wykonać samodzielnie, czy przy pomocy podwykonawcy.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, dochowując należytej staranności podczas badania ofert, powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Tymczasem Zamawiający, niezgodnie z zapisami ustawy Pzp, dokonał nadinterpretacji zapisów formularza ofertowego na szkodę Odwołującego. Zamawiający w sposób nieuprawniony wywnioskował, że przedmiot zamówienia Odwołujący zamierza wykonać samodzielnie, bez udziału podwykonawców. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający powołuje się na oświadczenie o braku zamiaru powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy. Odwołujący podkreślił, że na żadnym etapie postępowania nie złożył oświadczenia o braku zamiaru powierzenia części zamówienia podwykonawcy. Punkt 5 formularza ofertowego dawał Odwołującemu możliwość określenia, czy zamówienie wykona samodzielnie, czy przy pomocy podwykonawcy. Wybór właściwej opcji miał zostać dokonany poprzez skreślenie jednego z alternatywnych zdań i pozostawienie drugiego nieskreślonym. Twierdzenie, że Odwołujący zrezygnował z korzystania z zasobów udostępnionych przez firmę SKAPOL na podstawie faktu, iż żadne ze zdań nie zostało przez Odwołującego wykreślone, jest jedynie swobodną interpretacją Zamawiającego. Tym samym

Zamawiający bezpodstawnie podważył treść dołączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zobowiązania firmy SKAPOL, w którym firma ta zobowiązała się do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów oraz udzielenia wsparcia doświadczeniem i wiedzą, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, podniósł, że błędne jest stanowisko Zamawiającego, iż brak uczestnictwa w charakterze podwykonawcy podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, uniemożliwia skuteczne powoływanie się na te zasoby, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia badania ofert i dokonanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę – spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z punktem III.3.1 ogłoszenia o zamówieniu, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. wykonali w ciągu ostatnich 5 lat minimum trzy roboty budowlane o podobnym zakresie rzeczowym i wartości nie mniejszej niż 2,5 mln zł każda.

We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, Odwołujący złożył wykaz wykonanych prac wraz z referencjami oraz zobowiązaniem SKAPOL Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów oraz udzielenia wsparcia doświadczeniem i wiedzą, na okres wykonywania przedmiotowego zamówienia (zobowiązanie udostępnione na wezwanie Zamawiającego z 16 lutego 2012 r. skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Jednocześnie Odwołujący zamieścił informację (na stronie tytułowej wniosku) o zamiarze wykonania zamówienia wraz z podwykonawcą – SKAPOL Sp. z o.o.

W dniu 22 lutego 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że warunki określone w ogłoszeniu spełnia siedmiu wykonawców (w tym Odwołujący) i zostaną oni zaproszeni do składania ofert.

Zamawiający ustalił wzór formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ), w którym pkt 5 otrzymał brzmienie: *Przedmiot zamówienia zamierzamy wykonać sami / przewidujemy powierzyć podwykonawcom części zamówienia wymienione wg załączonego do oferty formularza „Podwykonawcy”*. Wykonawcy zobowiązani byli do skreślenia niepotrzebnej treści ww. punktu.

Zamawiający nie ustalił wzoru formularza „Podwykonawcy”, o którym mowa w punkcie 5 formularza.

W formularzu oferty złożonym przez Odwołującego, punkt 5 ma brzmienie nadane przez Zamawiającego, bez zaznaczenia właściwej opcji lub skreślenia niewłaściwej.

W dniu 26 kwietnia 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wskazując, że z wykazu załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynika, że *firma AJM wykonała samodzielnie 2 roboty budowlane o wartości wymaganej przez Zamawiającego. Pozostałe roboty wykonane były przez firmę SKAPOL przewidywaną jako podwykonawca w przedmiotowym postępowaniu. Wobec powyższego zamawiający uznał, że dysponując doświadczeniem firmy SKAPOL wykonawca AJM spełnia warunek udziału w postępowaniu (...). Do oferty złożonej przez Wykonawcę AJM załączony został jedynie kosztorys ofertowy oraz kserokopia gwarancji wadialnej. Wykonawca nie wskazał zatem, jaką część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy, a tym samym z treści oferty wynika, że zamierza wykonać zamówienie własnymi siłami. W związku z powyższym należy uznać, że oświadczenie o braku zamiaru powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy przesądza o niemożliwości uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasoby w wykonaniu umowy poprzez podwykonawstwo. (...) Biorąc pod uwagę, iż wykonawca nie wykazał wymaganego doświadczenia (...) składając ofertę bez wskazania, jaką część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy, utracił możliwość powoływania się na wiedzę i doświadczenie innym podmiotów i przestał spełniać warunek ubiegania się o zamówienie, wynikający z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.*

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący oświadczył w ofercie, iż nie zamierza powierzyć realizacji części zamówienia podwykonawcy. Wnioskowanie o braku takiego zamiaru z faktu niezaznaczenia żadnej z opcji w punkcie 5 formularza oferty

należy uznać za nieuprawnione. Należy bowiem zauważyć, że Zamawiający nie oczekiwał stosownego oświadczenia wyłącznie w sytuacji przewidywania podwykonawstwa (wówczas brak oświadczenia byłby równoznaczny z zamiarem samodzielnego wykonania zamówienia), ale żądał informacji również o braku zamiaru powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy.

Odwołujący w ofercie nie złożył oświadczenia ani o zamiarze, ani o braku zamiaru realizacji zamówienia z udziałem podwykonawcy. Z wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynika natomiast, że Odwołujący przewidywał podwykonawstwo. W tych okolicznościach, zdaniem Izby, nieuprawniona była interpretacja Zamawiającego, że wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie.

W ocenie Izby, brak zaznaczenia którejkolwiek z opcji w punkcie 5 formularza oferty wywoływał wątpliwość co do planowanego udziału podwykonawcy w wykonaniu zamówienia. Biorąc pod uwagę, że we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu taka informacja została zamieszczona, Zamawiający nie mógł wykluczyć, że niezłożenie oświadczenia w ofercie mogło być wynikiem przeoczenia. W związku z tym powstała wątpliwość, którą należało wyjaśnić na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że ewentualne potwierdzenie informacji o udziale podwykonawcy prowadziłyby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Wskazanie w wyjaśnieniach części zamówienia, którą Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcy nie doprowadzi do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, lecz wyeliminuje wątpliwości dotyczące planowanego podwykonawstwa i będzie stanowiło dopełnienie obowiązku poinformowania Zamawiającego o jego zakresie. Zdaniem Izby w takiej sytuacji brak będzie przeszkód do poprawienia zaistniałej w ofercie niezgodności polegającej na niewybraniu w punkcie 5 właściwej opcji, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako innej omyłki, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Należy więc stwierdzić, że Zamawiający zaniechał czynności, do której był zobowiązany, polegającej na wezwaniu wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, a w konsekwencji nieprawidłowo ocenił ofertę, bezpodstawnie stwierdzając, że jest ona niezgodna z ustawą i podlega odrzuceniu.

Wobec stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – zostało uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....