

Sygn. akt: KIO 427/10

**WYROK**  
**z dnia 13 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 17 marca 2010 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **CERAMIKA SERWIS Sp. z o.o., 26-300 Opoczno, ul. Piotrkowska 83-89, „WODROL” Spółka Akcyjna, 35-959 Rzeszów, ul. Handlowa 3** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Paradyż, 26-333 Paradyż, ul. Konecka 4**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie,**

**2. Kosztami postępowania obciąża CERAMIKA SERWIS Sp. z o.o., 26-300 Opoczno, ul. Piotrkowska 83-89, „WODROL” Spółka Akcyjna, 35-959 Rzeszów, ul. Handlowa 3 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **CERAMIKA SERWIS Sp. z o.o., 26-300 Opoczno, ul. Piotrkowska 83-89, „WODROL” Spółka Akcyjna, 35-959 Rzeszów, ul. Handlowa 3** stanowiący koszty postępowania odwoławczego
- 2) dokonać wpłaty kwoty **66 zł 00 gr.** (słownie: sześćdziesiąt sześć złotych zero groszy) przez **CERAMIKA SERWIS Sp. z o.o., 26-300 Opoczno, ul. Piotrkowska 83-89, „WODROL” Spółka Akcyjna, 35-959 Rzeszów, ul. Handlowa 3** na rzecz **Gminy Paradyż, 26-333 Paradyż, ul. Konecka 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę;

3. Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Paradyż w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania inwestycyjnego pn. *„Rozbudowa oczyszczalni ścieków i budowa sieci kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Paradyż”*, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 lutego 2010 r., poz. 32698-2010, wobec czynności oceny ofert, w dniu 17 marca 2010r. wniesione zostało odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o przedmiotowe zamówienie CERAMIKA SERWIS Sp. z o.o. o WODROL S.A. (odwołujący). Kopia odwołania przekazana została zamawiającemu w dniu jego wniesienia do Prezesa KIO.

O czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania odwołujący powziął wiedzę w dniu 12 marca 2010 r. z informacji o odrzuceniu jego oferty i wykluczeniu z postępowania.

W odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl. poprzez uznanie, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z siwz i podlega odrzuceniu, a także przyjęciu, że skoro zachodzi podstawa do odrzucenia oferty, to można bez wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających prawo udziału w postępowaniu wykluczyć wykonawcę z postępowania. Odwołujący zakwestionował decyzję zamawiającego, który uznał, że harmonogram rzeczowo-finansowy złożony przez odwołującego nie zawiera żadnych innych informacji składających się na harmonogram rzeczowo-finansowy, poza planem rocznych wydatków w ujęciu procentowym, ponoszonych na finansowanie umowy. Odwołujący podkreślił, iż zamawiający nie wskazał, których dyspozycji siwz przygotowany przez niego harmonogram nie wypełnia. Dopiero w piśmie informującym o podstawie odrzucenia oferty zamawiający sprecyzował elementy, jakie powinien zawierać harmonogram (ceny, terminy wykonania i nazwy istotnych elementów zamówienia), natomiast w samej siwz zawarł jedynie wskazanie, że: *„...ofertę stanowią”* między innymi: *„harmonogram rzeczowo-finansowy zawierający koszty i terminy wykonania istotnych elementów przedmiotu zamówienia”*. W ocenie odwołującego zapis ten kładzie nacisk na okoliczność, jakie składniki zawierać ma oferta, a nie na to, jakie składniki ma zawierać harmonogram rzeczowo-finansowy. W harmonogramie odwołujący zamieścił informacje o kosztach, jakie poniesie zamawiający na realizację zamówienia oraz o terminach wykonania istotnych elementów przedmiotu zamówienia. Odwołujący ujął koszty jakie ponosić będzie zamawiający w poszczególnych latach w ujęciu procentowym, mając na uwadze informację o przewidywanym wydatkowaniu

środków finansowych (pkt 12 siwz). Ceny i nazwy istotnych elementów zamówienia zostały podane przez odwołującego w „zestawieniu cen istotnych elementów zamówienia”, stąd nie widział potrzeby powtarzania tych samych informacji w harmonogramie, skoro oba dokumenty stanowiły element oferty. Zapisy umowy (§ 1 ust. 2), zdaniem odwołującego wskazywał, iż harmonogram, który miał być załączony do ofert, nie miał być harmonogramem wykonawczym, gdyż stanowił on część oferty. Skoro zamawiający nie zamieścił w siwz wzoru (formularza) harmonogramu rzeczowo-finansowego, nie wskazał instrukcji jego sporządzenia, to brak precyzji w formułowaniu postanowień siwz i wzoru umowy, nie w fazie wyboru najkorzystniejszej oferty, niedociągnięcia te nie mogą być naprawiane przez zamawiającego. Zamawiający nie skorzystał również z możliwości, jaką stwarza art. 87 ust. 1 ustawy PrZamPub zwrócenia się do odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty, co mogło mieć wpływ na decyzję o odrzuceniu oferty.

Odwołujący uznał, iż zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, iż wykonawca podlega wykluczeniu go z postępowania, bez uprzedniego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, co naruszało art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 26 ust. 3 ustawy poprzez jego błędną wykładnię.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności zapisy ogłoszenia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w pismach oraz podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy PrZamPubl w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. W związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szkada ta wyraża się w utracie korzyści, jakie odwołujący uzyskałby realizując przedmiotowe zamówienie, a na skutek decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, pozbawiony zostaje możliwości zawarcia kontraktu na okres czterech lat. Brak

wskazania w treści odwołania na rodzaj szkody, nie stanowił przeszkody do jej stwierdzenia, co wynika z okoliczności faktycznych, nie wymagających dowodów w tym przedmiocie. Skoro wykonawca złożył ofertę, to liczył się z możliwością uzyskania kontraktu dającego mu możliwość prowadzenia działalności przez okres kolejnych kilku lat. W tym kontekście nie ma znaczenia wysokość zysku, a co za tym idzie wysokość utraconych korzyści, jakie wiązały się z realizacją zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu, na którym zasadza się odwołanie, Izba uznała, iż zamawiający nie naruszył dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl, dokonując odrzucenia oferty odwołującego. W uzasadnieniu swojej decyzji, zamawiający wskazał na brak harmonogramu rzeczowo-finansowego, wymaganego w punkcie 10 siwz. W przywołanym punkcie specyfikacji, zamawiający zamieścił opis sposobu przygotowania ofert, określając między innymi, że „harmonogram rzeczowo-finansowy zawierający koszty i terminy wykonania istotnych elementów przedmiotu zamówienia” stanowi ofertę. W swojej ofercie odwołujący na stronie 67 oferty zamieścił dokument nazwany harmonogramem rzeczowo-finansowym, zawierający informacje dotyczące wartości prac w ujęciu procentowym i kwotowym w poszczególnych latach oraz łączną wartość prac brutto.

Izba uznała, iż dokument załączony do oferty nie odpowiada zapisom specyfikacji, ponieważ nie zawiera informacji dotyczących terminów wykonania istotnych elementów przedmiotu zamówienia, jak również ich kosztów. Nie znalazły uzasadnienia twierdzenia odwołującego, iż zapisy specyfikacji dopuszczały inny sposób rozumienia treści harmonogramu, jaką wykonawcy winni zawrzeć w swoich ofertach. W szczególności takiego wniosku nie można było wywieść z zapisu par nr 1 ust. 2 załącznika nr 10 do siwz (umowa o roboty budowlane), wskazującego na zakres dokumentów, w których określony został przedmiot umowy. Nawet jeżeli odwołujący wnioskował z zapisu umowy, iż harmonogram załączany do umowy stanowi odmienny, od wymaganego treścią siwz, dokument, to nie było to wystarczające dla stwierdzenia, iż harmonogram, stanowiący element oferty mógł nie zawierać informacji o terminach i kosztach wykonania istotnych elementów przedmiotu zamówienia. Na taki zakres informacji zamawiający wskazała w punkcie 10 siwz, a skoro odwołujący nie zawarł w ofercie danych dotyczących przedmiotu zamówienia, których podania zamawiający wymagał, to treść oferty nie odpowiadała treści specyfikacji i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy podlegała odrzuceniu. Zawarte w załączniku nr 8 do siwz zestawienie cen istotnych elementów zamówienia (str. 3-6 oferty), nie zawierało informacji o terminach, w jakich miały być one wykonane. Terminów tych również nie można ustalić w oparciu o treść „harmonogramu”, który zawiera jedynie wartość prac w poszczególnych latach realizacji inwestycji. Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PrZamPubl, nie mogło prowadzić do uzupełnienia oferty o informacje, które powinny być ujęte w harmonogramie rzeczowo-

finansowym. Zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie miało zatem żadnego znaczenia, dla ustalenia treści oferty i jej oceny pod kątem zgodności z siwz. W przedmiotowym sporze strony nie różniły się w ocenie zakresu informacji, jakie zawiera harmonogram rzeczowo-finansowy załączony przez odwołującego, co wskazuje, iż treść oferty nie budziła wątpliwości i nie zachodziła potrzeba jej wyjaśnienia z wykonawcą. Jedyne w przypadku stwierdzenia wystąpienia innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty, zamawiający nie byłby zobowiązany do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl. Odwołujący nie podnosił jednak zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PrZamPubl, co nie pozwalało na zajęcie stanowiska przez Izbę w tym zakresie, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy PrZamPubl.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PrZamPubl, w związku z art. 26 ust. 3 ustawy, Izba oddaliła zarzut, jako bezpodstawny. Odwołujący nie kwestionował prawidłowości dokonanej przez zamawiającego oceny dokumentów, wskazywał jedynie na brak możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania, w sytuacji kiedy nie został on wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PrZamPubl. Skoro wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, za pomocą dokumentów żądanych przez zamawiającego, to podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Skoro oferta odwołującego podlegała odrzuceniu, co zostało stwierdzone we wcześniejszej części orzeczenia, to zamawiający nie był zobowiązany do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PrZamPubl. Informacja z dnia 12 marca 2010 r., zawierająca uzasadnienie decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego i jego wykluczeniu z postępowania, wypełniała dyspozycję przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy PrZamPubl., z którego wynika obowiązek jednoczesnego zawiadomienia wykonawców po wyborze najkorzystniejszej oferty, nie tylko o wybranej ofercie, ale również o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, a także o wykonawcach wykluczonych z postępowania. W sytuacji, kiedy zachodzi podstawa do odrzucenia oferty odwołującego, a także jego wykluczenia z postępowania, zamawiający jest zobowiązany do wskazania obu podstaw odrzucenia oferty (zgodnie z 24 ust 4, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą). Stanowisko odwołującego, o konieczności wstrzymania się z decyzją o jego wykluczeniu, do czasu rozstrzygnięcia, czy jego oferta była zgodna z siwz, nie znajdowało uzasadnienia prawnego. W tych okolicznościach również podnoszone zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy PrZamPubl. podlegały oddaleniu.

W związku z powyższym odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis, na podstawie § 3 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. 3544), mającego zastosowanie do przedmiotowego odwołania, jako wniesionego w dniu wejścia w życie rozporządzenia i dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. (zgodnie z § 7 rozporządzenia). Na podstawie § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia, Izba uwzględniła koszty zamawiającego związane z dojazdem pełnomocnika na rozprawę, potwierdzone biletami kolejowymi, złożonymi do akt sprawy. Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika zamawiającego o przyznanie kosztów zastępstwa na podstawie norm przepisanych, z uwagi na brak rachunku, wymaganego treścią § 3 pkt 2 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....