

WYROK

z dnia 28 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2014 r. przez Odwołującego - Kancelarię Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Spółka Partnerska z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Instytut Chemicznej Przeróbki Węgla z siedzibą w Zabrzu

przy udziale E. P. prowadzącej działalność jako Kancelaria Radcy Prawnego "Doradca" E. P., zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Kancelarię Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Spółka Partnerska z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia na świadczenie stałej pomocy prawnej na rzecz Instytutu Chemicznej Przeróbki Węgla w Zabrzu oraz powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem ww. oferty,

2. kosztami postępowania obciąża Instytut Chemicznej Przeróbki Węgla z siedzibą w Zabrzu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Kancelarię Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Spółka Partnerska z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Instytutu Chemicznej Przeróbki Węgla z siedzibą w Zabrzu na rzecz Kancelarii Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Spółka Partnerska z siedzibą w

Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Gliwicach.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Instytut Chemicznej Przeróbki Węgla z siedzibą w Zabrze, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego 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 świadczenie stałej pomocy prawnej na rzecz Instytutu Chemicznej Przeróbki Węgla w Zabrze.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 06.08.2014 r. pod poz. 261926.

W dniu 07.10.2014 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wyniku, w tym o odrzuceniu oferty złożonej przez Kancelarię Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Spółka Partnerska z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 13.10.2014 r. Kancelaria Radców Prawnych Ć. i Partnerzy Spółka Partnerska z siedzibą w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności, zarzucając Zamawiającemu, że odrzucając ofertę Odwołującego i dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienie czynności Zamawiającego odrzucające ofertę Odwołującego, jako działania niezgodnego z przepisami ustawy;
3. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
4. dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej pod względem ceny i doświadczenia, w zakresie świadczonej obsługi prawnej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...] działanie Zamawiającego, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego się, narusza przepisy art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Zgodnie z przywołanym przepisem, ofertę Wykonawcy

można odrzucić tylko w przypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w piśmie informującym Wykonawców o wynikach postępowania przetargowego, w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego się wskazał jedynie lakonicznie, iż jego zdaniem treść oferty potwierdzona złożonymi w tym zakresie wyjaśnieniami nie pozwala stwierdzić, że Wykonawca będzie realizował umowę zgodnie z wymaganiami postanowionymi w SIWZ. Zdaniem Zamawiającego uchybienie w tym zakresie skutkuje zaoferowaniem przez Wykonawcę realizacji usługi niezgodnej z treścią SIWZ.

Zdaniem Odwołującego swym działaniem Zamawiający naruszył przepisy ustawy, gdyż oparł swoją decyzję na subiektywnym przekonaniu, że oferta Odwołującego nie spełnia wymagań określonych w SIWZ. Przekonanie to nie znajduje podstaw w przedłożonych do oferty dokumentach i oświadczeniach. [...]

Jak wskazuje treść złożonej przez Odwołującego się oferty, spełnia ona wszystkie wymagania wskazane w SIWZ. [...]"

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

W pkt 5.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Zamawiający opisał wymagany sposób realizacji zamówienia, w tym zawarł wymagania, co do wykonywania umowy przy pomocy osób, które wykonawca wskazał na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (opisanych w pkt 11.1.3 lit a SIWZ).

Według pkt 15.3.1. SIWZ ofertę należało przygotować według wzoru stanowiącego zał. nr 1 do SIWZ - Formularz ofertowy.

We wzorze Formularza ofertowego Zamawiający wymagał podania ceny, za którą wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia (pkt 1 Formularza ofertowego) oraz szeregu oświadczeń i informacji dotyczących zarówno właściwości podmiotowych wykonawcy, jak i opisujących zakres zaciąganego przezeń zobowiązania, m.in. co do oferowanego terminu wykonania zamówienia (pkt 2), informacji o doświadczeniu wykonawcy (pkt 3), terminu płatności (pkt 4), oświadczenia o zapoznaniu się z treścią SIWZ i wykonaniu całości przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią SIWZ (pkt 5), dodatkowego oświadczenia o akceptacji bez zastrzeżeń wzoru umowy stanowiącego część SIWZ oraz deklaracji, iż w

przypadku wybrania postępowania wykonawca podpisze umowę na warunkach określonych w SIWZ w terminie wskazanym przez Zamawiającego (pkt 6).

Poza informacjami wynikającymi z Formularza ofertowego, Zmawiający nie wymagał podawania w ofercie żadnych dodatkowych opisów i innych informacji w przedmiocie oferowanego świadczenia.

Odwołujący złożył ofertę na ww. Formularzu ofertowym i zgodnie z zakresem informacji tam wymaganych.

W pkt 3 Formularza ofertowego Odwołujący wskazał r.pr. P. C., jako spełniającego wymagania Zamawiającego w zakresie doświadczenia.

W trakcie badania ofert Zamawiający i Odwołujący prowadzili między sobą korespondencję na temat własnego rozumienia wymagań SIWZ i planowanego przez wykonawcę sposobu realizacji zamówienia, kwalifikując tę korespondencję jako wyjaśnienie treści oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 Pzp.

Na ostatnie wezwanie do wyjaśnień z dnia 18.09.2014 r., w którym Zamawiający wzywał wykonawcę do potwierdzenia, że zamawianą usługę będzie realizował „wyłącznie przez radcę prawnego P. C. jako jedyną osobę wskazaną w ofercie spełniającą warunek określony w pkt 11.1.3 a) SIWZ w zakresie dostępności na każde wezwanie Zamawiającego zgodnie z wymaganiami pkt. 5.6. SIWZ część druga zdania drugiego i zdanie następne (...)” – Odwołujący nie odpowiedział.

Pismem z dnia 07.10.2014 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodną z treścią SIWZ.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Zamawiający wskazał:

Wykonawca dla spełnienia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, w zakresie opisanym w pkt. 11.1.3. a) SIWZ wskazał radcę prawnego P. C. . Zgodnie z zapisami pkt. 5.6. SIWZ „Wykonawca dostępny będzie dla Zamawiającego w godzinach od 7:00 - 15:00 w dniach pracujących (od poniedziałku do piątku), przy czym co najmniej jeden pracownik lub współpracownik Wykonawcy musi być obecny w siedzibie Zamawiającego co najmniej 2 razy w tygodniu w dniach i godzinach uzgodnionych z Zamawiającym, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, z tym zastrzeżeniem, iż co najmniej raz w tygodniu w siedzibie Zamawiającego obecny będzie pracownik lub współpracownik Wykonawcy posiadający doświadczenie o którym mowa w pkt 11.1.3 a) poniżej. W ramach wynagrodzenia ryczałtowego, w pozostałe dni

tygodnia Wykonawca będzie świadczył bieżącą obsługę prawną za pomocą środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość (telefon, faks, poczta elektroniczna) oraz pracownik lub współpracownik Wykonawcy posiadający doświadczenie o którym mowa w pkt 11.1.3 a) poniżej, dostępny będzie na każde wezwanie Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest stawić się w siedzibie Zamawiającego w ciągu 3h od jego zawiadomienia jeżeli takie zawiadomienie nastąpi do godziny 12:00 danego dnia, jeżeli zawiadomienie nastąpi po godzinie 12:00 Wykonawca zobowiązany jest stawić się w siedzibie Zamawiającego dnia następnego o godzinie wyznaczonej przez Zamawiającego. Zawiadomienie może nastąpić za pomocą telefonu, faksu, poczty elektronicznej", Zamawiający wskazał wprost osobę o określonej wiedzy i doświadczeniu do realizacji umowy. Treść oferty Wykonawcy, potwierdzona wyjaśnieniami nie pozwala stwierdzić, że Wykonawca będzie realizował umowę zgodnie z wymaganiami postawionymi w SIWZ. Uchybienie w tym zakresie skutkuje zaoferowaniem przez Wykonawcę realizacji usługi niezgodnie z treścią SIWZ. W związku z powyższym oferta jest niezgodna z SIWZ.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje:

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.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, 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/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone 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 (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego).

W informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający nie wskazał i nie powołał żadnych niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w scharakteryzowanym powyżej rozumieniu. Zamawiający wskazał co najwyżej na niezgodność z treścią SIWZ treści wyjaśnień Odwołującego (lub raczej niezgodność własnej interpretacji treści tych wyjaśnień) albo niezgodność własnych wyobrażeń na temat planów i intencji wykonawcy, co do sposobu wykonywania zamówienia.

Tymczasem zgodnie z art. 82 ustawy nie ma innej treści oferty składanej w publicznym przetargu, niż wyrażona na piśmie w sposób przewidziany przepisami prawa oraz wymaganiami SIWZ. Właśnie z tak sporządzonej i złożonej oferty (często zestawionej z dokumentami, do których oferta referuje) wynika opis zobowiązania zaciąganego przez wykonawcę składającego ofertę.

Jasnej, złożonej i wyrażonej w ten sposób treści oferty nie są w stanie zmienić żadne wyjaśnienia wykonawcy składane w jakimkolwiek trybie, w tym na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Zdanie drugie tego przepisu wprost stanowi, iż zakazuje się jakichkolwiek zmian w treści oferty, za wyjątkiem zmian wskazanych w przepisie art. 87 ust. 2 Pzp, które są dokonywane przez zamawiającego. Bez znaczenia jest więc w tym przypadku – i w tym kontekście – ocena treści wyjaśnień Odwołującego czy brak ich złożenia.

W tym przypadku, według kształtu oferty zaprojektowanego w SIWZ, Zamawiający generalnie wymagał aby wykonawca zobowiązał się w ofercie do wykonania zamawianej usługi na zasadach i w sposób opisany w SIWZ. Odwołujący wypełnił w treści swojej oferty wymagania Zamawiającego i tak opisane zobowiązanie zaciągnął. Oferta wykonawcy pozostaje więc w tym zakresie idealnie zgodna z treścią

SIWZ i nie mogą ją zmienić żadne wyjaśnienia wykonawcy. Zamawiający w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty ani na rozprawie przed Izłą, nie podał żadnych konkretnych postanowień SIWZ z którymi zastana treść oferty Odwołującego miała być niezgodna, a także nie podał, które to konkretnie zobowiązania ofertowe, albo części oferty (jej konkretne postanowienia) są niezgodne z SIWZ i w jaki sposób.

Przez tak sporządzoną i złożoną ofertę Odwołujący zobowiązał się do realizacji wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia, w tym co do sposobu jego realizacji – zgodnie z SIWZ. Natomiast Zamawiający przyjmując ofertę będzie mógł wszelkie wynikające z SIWZ i zaciągnięte w ofercie zobowiązania wykonawcy, co do sposobu realizacji zamówienia, w trakcie wykonywania umowy egzekwować. Innymi słowy, niech Odwołujący świadczy to do czego zobowiązał się w ofercie (czyli to co opisano w SIWZ), a Zamawiający to egzekwuje.

Natomiast wszelkie ewentualne spory pomiędzy stronami co do treści i znaczenia ich zobowiązań wzajemnych, rozstrzygnie w tym przypadku sąd powszechny w trakcie realizacji umowy ze wszelkimi skutkami związanymi z nienależytym wykonaniem zobowiązań. Zaś wszelkie kontrowersje, co do znaczenia zastanego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań dotyczących realizacji zamówienia przez osoby wskazywane w ofercie, przy takim kształcie wymagań SIWZ, co do sposobu sporządzenia oferty i samej treści oferty Odwołującego, nie znajdują odzwierciedlenia w treści oferty i nie mogą prowadzić do jej niezgodności z treścią SIWZ. Jako takie znalazły się więc poza oceną Izby rozstrzygającą o zgodności zastanej treści oferty (w tym przypadku: prostego pisemnego zobowiązania do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w specyfikacji zamówienia) z treścią SIWZ.

W związku z powyższym w trakcie wyrokowania Izba pominęła wszelkie dowody składane przez Odwołującego jako pozbawione znaczenia w sprawie.

Izba nie uwzględniła również podnoszonych przez Zamawiającego i Przystępującego okoliczności jakoby w treści odwołania przytoczono niezgodnie z rzeczywistością postanowienia pkt 5.6. SIWZ. Oparte o interpretację powyższych postanowień argumenty czy nawet zarzuty odwołania nie miały żadnego znaczenia w sprawie. W tym przypadku, istotę zarzutu właściwie (nawet jeżeli mimochodem) uchwyciły fragmenty odwołania cytowane powyżej, w których Odwołujący podnosił brak wskazania przez Zamawiającego na czym w tym przypadku miałyby polegać niezgodność treści jego oferty z SIWZ oraz na fakt, iż jego oferta spełnia wszystkie wymagania SIWZ i pozostaje z nią zgodna. Właśnie tego typu okoliczności (i nic ponadto) stanowiły o zasadności zarzutów odwołania i przesądziły o jego uwzględnieniu.

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).

.....