

Sygn. akt KIO/UZP 41/10

**WYROK**  
**z dnia 2 marca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Członkowie: Barbara Bettman**

**Renata Tubisz**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 lutego 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mostostal Warszawa S. A., 02 – 673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, 00 – 950 Warszawa, Plac Powstańców Warszawy 1** protestu z dnia **28 grudnia 2009 r.**

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, 00 – 950 Warszawa, Plac Powstańców Warszawy 1 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Mostostal Warszawa S. A.;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego** na rzecz **Mostostal Warszawa S. A.** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5.556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mostostal Warszawa S. A.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający - Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa, rozbudowa budynku biurowego położonego w Warszawie przy ul. Jasnej 12 dla potrzeb siedziby UKNF.

Pismem z 18 grudnia 2009 r. przekazanym wykonawcom za pośrednictwem faksu zamawiający poinformował o wynikach postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej: „ustawą” z powodu zaoferowania ceny wyższej, niż kwota jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Mostostal Warszawa S.A. wobec czynności odrzucenia wniósł odwołanie poprzedzone protestem.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez uznanie, że treść złożonej przez niego oferty jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej: „siwz”, a w konsekwencji uznanie, że oferta odwołującego się podlega odrzuceniu. Wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty.

Uzasadniając podniesione zarzuty, wywiódł że odrzucenie oferty pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia, w szczególności w sytuacji określonej w art. 94 ust. 2 ustawy, zaś zaoferowanie kwoty wyższej, niż upubliczniona przez zamawiającego zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy nie powoduje braku interesu prawnego. Podniósł, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy może nastąpić wyłącznie z przyczyn merytorycznych, dotyczących niezgodności oferowanego świadczenia z merytorycznymi wymaganiami zamawiającego.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 28 grudnia 2009 r., odwołanie pismo z 8 stycznia 2010 r. - wpływ bezpośredni do Urzędu Zamówień Publicznych w tej dacie. Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w dniu z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający pismem z 4 stycznia 2010 r. przekazany odwołujący się dnia następnego oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że odwołujący się nie posiada interesu prawnego we wnoszeniu protestu, gdyż wobec faktu, że cena jego oferty przekracza możliwości finansowe zamawiającego, odwołujący się nie może uzyskać zamówienia publicznego.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 5 listopada 2009 r. pod numerem 199837.

15 stycznia 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza, wydała postanowienie o uchyleniu zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Zamawiający oświadczył, że umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta.

Okoliczności faktyczne nie są sporne między stronami, odwołujący się złożył ofertę z ceną wyższą niż, kwota ogłoszona zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy, która w razie dokonania jej oceny, zostałaby sklasyfikowana przez zamawiającego na drugiej pozycji, bezpośrednio po ofercie uznanej za najkorzystniejszą. Sporne są kwestie posiadania przez odwołującego się interesu prawnego oraz dopuszczalność odrzucenia oferty z powodu oferowania ceny wyższej, niż kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Okoliczność, czy cena oferty odwołującego się umożliwiłaby mu uzyskanie zamówienia, nie ma znaczenia dla oceny posiadania przez niego interesu prawnego – wykazania materialnoprawnej przesłanki umożliwiającej rozpoznanie zarzutów odwołania. Potwierdza to orzecznictwo, w tym powołane przez odwołującego się, wyroki Izby z 3 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 367/09) oraz z 27 października 2009 r. (sygn. akt 1300/09 i 1321/09). Naruszenie interesu prawnego odwołującego się polegało na eliminacji go z kręgu wykonawców ubiegających się

o udzielenie zamówienia. Wniesienie protestu, a następnie odwołania, zmierza do zachowania przez odwołującego się statusu uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przeciwna interpretacja art. 179 ust. 1 ustawy uniemożliwiłaby części wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego kwestionowanie naruszających prawo decyzji zamawiającego podjętych wobec nich, co godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców i stanowiłoby praktykę o charakterze dyskryminacyjnym oraz, w indywidualnych przypadkach, rzutować by mogło na wynik postępowania.

Prezentowana interpretacja art. 179 ust. 1 ustawy, oparta na wykładni uwzględniającej prawodawstwo wspólnot europejskich, kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej upatrującym istnienie interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej w celu zapewnienia zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami (interes prawny *sensu largo*), znajduje potwierdzenie również w wyrokach Sądów Okręgowych (np. wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 grudnia 2007 r., sygn. akt V Ca 2506/07 niepubl).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sformułowania przywołanego przepisu „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie nakazują odnieść go do aspektu merytorycznego. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść siwz to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w siwz potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści siwz. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zaproponowanie w ofercie ceny wyższej, niż kwota którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia jest indyferentne w stosunku do merytorycznych

wymagań zamawiającego, nie może stać się zatem przyczyną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W sytuacji otrzymania oferty proponującej cenę wyższą, niż kwota upubliczniona przez zamawiającego zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy, zamawiający winien dokonać oceny formalnej takiej oferty pod kątem spełniania przesłanek zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy. W razie ustalenia, że oferta nie podlega odrzuceniu, obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie jej oceny merytorycznej pod kątem ustalonych w siwz kryteriów oceny. Jeśli zamawiający w wyniku przeprowadzonej oceny uzna za najkorzystniejszą ofertę oferującą cenę wyższą niż, kwota którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, winien dokonać jej wyboru. Dopiero w razie ustalenia, że cena takiej oferty przekracza kwotę przeznaczoną przez zamawiającego na realizację zamówienia, która nie musi być tożsama z kwotą, ogłoszoną przez zamawiającego przed otwarciem ofert, stosownie do art. 86 ust. 3 ustawy, prawidłowym działaniem zamawiającego będzie unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę odwołującego się naruszając art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy. Zamawiający nie naruszył natomiast art. 91 ust. 1 ustawy – odwołujący się nie zarzucał w odwołaniu wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W tym stanie rzeczy, uznając, że naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego mogło mieć wpływ na wynik postępowania, Izba na podstawie art. 191 oraz 191 ust. 1 a ustawy uwzględniła odwołanie. Z uwagi na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, Izba nie nakazała zamawiającemu dokonania żadnej z czynności wskazanych w art. 191 ust. 2 ustawy.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....