

Sygn. akt: KIO/1592/10

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 sierpnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 lipca 2010 r. przez **Bujakowski Sp. z o.o., ul. Wspólna 13, 30-654 Kraków** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Urząd Gminy Laskowa, Laskowa 643, 34-602 Laskowa**

przy udziale Wykonawcy: **Masters S.A., ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin**, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,**
2. **do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez Bujakowski Sp. z o.o., ul. Wspólna 13, 30-654 Kraków, oraz uzasadnione koszty Bujakowski Sp. z o.o., ul. Wspólna 13, 30-654 Kraków obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby w wysokości 518 zł 22 gr (słownie: pięćset osiemnaście złotych dwadzieścia dwa grosze),**

3. zasądza od **Urzędu Gminy Laskowa, Laskowa 643, 34-602 Laskowa** na rzecz **Bujakowski Sp. z o.o., ul. Wspólna 13, 30-654 Kraków** koszty postępowania odwoławczego w wysokości **14 118 zł 22 gr** (słownie: czternaście tysięcy sto osiemnaście złotych dwadzieścia dwa grosze).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: „Budowa kompleksu sportowego w Laskowej w ramach programu Moje boisko Olik 2012”, zostało wszczęte przez Urząd Gminy Laskowa, zwany dalej: „Zamawiającym”, w dniu 29 czerwca 2010 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego, na stronie internetowej oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 188020-2010.

W dniu 23 lipca 2010 r. Zamawiający za pośrednictwem faksu przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 28 lipca 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w powołanym postępowaniu o udzielenie zamówienia wniesione przez Wykonawcę: Bujakowski Sp. z o.o., zwanego dalej Odwołującym.

Zgodnie z argumentacją prezentowaną przez Wykonawcę w odwołaniu Zamawiający dokonał naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez nieuzasadnione uznanie, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Uwzględniając stawiane przez siebie zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem jego oferty.

Uzasadniając podnoszone przez siebie zarzuty Odwołujący podnosił, że wskazywany przez Zamawiającego brak w ofercie, polegający na nie wypełnieniu w pozycji 1.1) formularza ofertowego (wzór - załącznik nr 7 do SIWZ), nie przesądza o niezgodności treści oferty złożonej przez Odwołującego z treścią SIWZ.

Odwołujący podkreślał, iż złożona przez niego oferta zawiera oświadczenie woli zawarcia umowy, obejmujące między innymi akceptację warunków podanych przez Zamawiającego w SIWZ (w tym terminu wykonania zamówienia) i brak zastrzeżeń do nich, potwierdzenie uzyskania niezbędnych informacji do przygotowania oferty i wykonania zamówienia (w tym terminu wykonania zamówienia), akceptację istotnych postanowień umowy oraz terminu realizacji przedmiotu zamówienia podany przez Zamawiającego. Zwracał także uwagę na okoliczność, iż Zamawiający wskazał w Rozdziale 5 SIWZ, iż termin wykonania zamówienia upływa w dniu 30 września 2010 r., który to termin, o czym była już mowa, został zaakceptowany przez Odwołującego w treści oferty. Tym samym, w opinii Odwołującego, nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący wskazywał także, iż określenie terminu wykonania zamówienia przez Wykonawców nie stanowiło kryterium oceny w przedmiotowym postępowaniu. Podnosił także, iż o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie terminu wykonania zamówienia można by było mówić jedynie w przypadku, gdyby wykonawca w swojej ofercie zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie wykraczającym poza dzień 30 września 2010r., który został wskazany w SIWZ.

Odwołujący wskazywał także na niekonsekwencję Zamawiającego w określeniu terminu wykonania zamówienia. W tym kontekście podnosił, iż treść pkt 1.1) formularza ofertowego odnosi się do daty zawarcia umowy, jako terminu początkowego. Natomiast treść § 2 istotnych postanowień umowy wskazuje jako taki termin dzień protokolarnego przekazania terenu robót Wykonawcy. Istotnym w ocenie Odwołującego jest okoliczność, iż ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ zawierają jedynie datę końcową terminu wykonania przedmiotu umowy. W świetle powyższego podnosił on, iż brak precyzji Zamawiającego nie może pociągać za sobą negatywnych skutków dla Wykonawców składających ofertę w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 6 sierpnia 2010 r. wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wyjaśnił, że zgodnie z zapisami SIWZ Wykonawca miał obowiązek przedstawić ofertę przetargową, która powinna zawierać oświadczenie w zakresie istotnych jej elementów. W ocenie Zamawiającego w ich skład wchodziły m.in. cena i termin wykonania. Przyznał on, iż zamówienie musi zostać wykonane do 30 września 2010 r. wskazywał jednak jednocześnie, że w formularzu oferty pozostawił on wolne miejsce uznając, iż określenie terminu zakończenia zadania jest jednostronnym uprawnieniem Wykonawcy. Zamawiający wyjaśniał, iż w odniesieniu do oferty złożonej przez Odwołującego, brak było podstaw by uzupełnił on stwierdzone w tej ofercie brak. W ocenie Zamawiającego uchybienie Wykonawcy polegające na nie wskazaniu terminu wykonania zamówienia, jest brakiem nieusuwalnym, porównywalnym znaczeniowo z nieokreśleniem w ofercie ceny. Zamawiający

podnosił, iż wyjaśnienie treści oferty Odwołującego w tym zakresie byłoby niedopuszczalnym negocjowaniem warunków umowy.

Wykonawca Masters S.A., zwany dalej Przystępującym, w zgłoszeniu przystąpienia podnosił, iż jego zdaniem oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona.

Strony podtrzymały swoje stanowiska na rozprawie przed Izłą. Przystępujący, pomimo, iż został prawidłowo poinformowany o terminie posiedzenia Izby, nie stawiał się przed Izłą.

Zamawiający, w celu uzupełnienia argumentacji zawartej w odpowiedzi na odwołanie, wskazywał, iż z treści oświadczenia zawartego w ofercie w punkcie 1.6, iż odwołujący akceptuje termin realizacji przedmiotu zamówienia podany przez Zamawiającego nie mógł on wywieść, że tym samym wobec faktu nie uzupełnienia punktu 1.1 Odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w terminie do 30 września 2010 r.

Oświadczając pierwotnie oświadczył, iż nie potrafi wyjaśnić dlaczego w formularzu ofertowym w punkcie 1.1 wskazał, iż zamówienie ma zostać wykonane w terminie liczonym od dnia zawarcia umowy, natomiast w załączniku nr 8 do SIWZ (istotne postanowienia umowy) w § 2 ust. 2 termin ten ma być liczony od dnia protokolarnego przekazania terenu robót wykonawcy. Później zaś wyjaśniał, iż brakującą w nim liczbę miesięcy lub tygodni zamawiający uzupełniłby na podstawie punktu 1.1 oferty z uwzględnieniem postanowień § 6 ust. 6 i 7 powołanych istotnych postanowień umowy. Zwracał ponadto uwagę na zapis § 6 ust. 8 istotnych postanowień umowy, którego treść, w jego opinii, wyraźnie koresponduje z zapisami punktu 1.1 formularza oferty. Przy czym wyjaśnił także, iż przedstawiony przez niego sposób wyliczania poszczególnych terminów, a w szczególności tego, który należy wpisać w § 2 ust. 2 istotnych postanowień umowy, nie został odnotowany w zapisach SIWZ, a oświadczenie to oparte jest jedynie na doświadczeniu zawodowym pełnomocnika Zamawiającego oraz dokonanej przez niego analizie treści załącznika nr 8 do SIWZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie – rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) i z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) w brzmieniu nowym – po wejściu w życie wskazanych przepisów.

Kolejnym istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleniem składu orzekającego Izby jest wykluczenie możliwości wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła w dalszej kolejności, iż wypełniona została przesłanka interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała również, iż Odwołujący mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Rdz. 5 SIWZ wskazał, że przedmiot zamówienia należy zrealizować do dnia 30 września 2010 r. Ten sam termin został wskazany w treści ogłoszenia o zamówieniu. W treści formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, w pkt 1.1) Zamawiający pozostawił Wykonawcy możliwość określenia terminu wykonania zamówienia w miesiącach lub tygodniach liczonych od daty zawarcia umowy, wymagając jednocześnie w pkt 1.6) tego formularza od Wykonawcy złożenia w sposób wyraźny oświadczenia, iż akceptuje m.in. termin realizacji przedmiotu zamówienia podany przez Zamawiającego.

W ocenie Izby analiza treści powołanych zapisów SIWZ, a w szczególności literalnego ich brzmienia, uzasadnia uznanie za słuszne stanowiska Zamawiającego, iż Wykonawcy składając oferty nie mogli określić w nich terminu wykonania przedmiotu zamówienia z przekroczeniem określonego przez Zamawiającego w Rdz. 5 SIWZ terminu, tj. po dniu 30 września 2010 r. Izba uznała również, iż zestawienie treści pkt 1.1) oraz pkt 1.6), w świetle powołanych zapisów Rdz. 5 SIWZ, pozwala jednocześnie stwierdzić, że Zamawiający dopuścił określenie przez Wykonawców w ofercie terminu wykonania przedmiotu zamówienia na okres krótszy, niż określony przez Zamawiającego. W ocenie Izby uprawnienie to miało charakter fakultatywny.

W świetle powyższego, w ocenie Izby, złożenie przez Odwołującego oferty, która nie określała takiego krótszego terminu (Odwołujący w pkt 1.1) oferty nie wpisał takiego krótszego terminu), zawierała natomiast w pkt 1.6) wyraźne potwierdzenie, iż Odwołujący akceptuje termin realizacji przedmiotu zamówienia podany przez Zamawiającego, jest wystarczające dla uznania, iż Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia do dnia 30 września 2010 r. Szczególnie w świetle wyjaśnień Zamawiającego złożonych na rozprawie, iż wobec rozbieżności terminologicznej w poszczególnych zapisach SIWZ odnoszących się do określenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia, treść § 2 ust. 2 istotnych postanowień umowy, ustalona zostanie nie poprzez proste przepisanie treści pkt 1.1) oferty uznanej za najkorzystniejszą, ale na podstawie przeliczenia zaoferowanego przez wybranego Wykonawcę terminu z uwzględnieniem wielu różnych zapisów istotnych postanowień umowy, w szczególności § 6.

Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający nie miał podstaw dla uznania, iż treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Sam bowiem określił w Rdz. 5 SIWZ termin wykonania zamówienia, który to termin został zaakceptowany przez Odwołującego w złożonej przez niego ofercie. W ocenie Izby, Zamawiający nie miał podstaw do wyciągania negatywnych konsekwencji w stosunku do Odwołującego z tytułu nieskorzystania przez niego z fakultatywnego uprawnienia do skrócenia określonego przez Zamawiającego terminu wykonania zamówienia. Dlatego też Izba uznała, iż oferta złożona przez Odwołującego w zakresie powołanych pkt 1.1) i 1.6) odpowiada w swej treści zobowiązaniom zawartym w ofertach złożonych przez dwóch Wykonawców, których oferty były oceniane przez Zamawiającego, którzy to Wykonawcy zmienili treść formularza ofertowego i zapisali w sposób wyraźny, iż zobowiązują się wykonać przedmiot zamówienia do dnia 30 września 2010 r. co zostało uznane przez Zamawiającego jako prawidłowe określenie terminu wykonania zamówienia.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w zakresie określenia przez Odwołującego terminu wykonania przedmiotu zamówienia nie zachodziła konieczność wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty lub poprawianiu w niej omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 oraz § 5 ust. 2 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:

.....