

Sygn. akt: KIO/121/11

**WYROK**

**z dnia 2 lutego 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WODROL Pruszków S.A., ul. St. Bryły 10, 05-800 Pruszków oraz ISSO 1 Sp. z o.o., ul. Jugosłowiańska 10, 03-984 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Miasto Józefów, ul. Kardynała Wyszyńskiego 1, 05-420 Józefów**

przy udziale **SKANSKA S.A., ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa**, zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Miasto Józefów, ul. Kardynała Wyszyńskiego 1, 05-420 Józefów i:**

**2.1 do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WODROL Pruszków S.A., ul. St. Bryły 10, 05-800 Pruszków oraz ISSO 1 Sp. z o.o., ul. Jugosłowiańska 10, 03-984 Warszawa oraz uzasadnione koszty wykonawców**

**wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WODROL Pruszków S.A., ul. St. Bryły 10, 05-800 Pruszków oraz ISSO 1 Sp. z o.o., ul. Jugosłowiańska 10, 03-984 Warszawa** obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

2.2 zasądza od **Miasta Józefów, ul. Kardynała Wyszyńskiego 1, 05-420 Józefów** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WODROL Pruszków S.A., ul. St. Bryły 10, 05-800 Pruszków oraz ISSO 1 Sp. z o.o., ul. Jugosłowiańska 10, 03-984 Warszawa** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą uiszczony wpis oraz uzasadnione koszty stanowiące wynagrodzenie pełnomocnika.

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 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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej na terenie Józefowa: Zadanie, 1, 2, 3, 4 i 5 w ramach Projektu Rozbudowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej na terenie Józefowa” zostało wszczęte przez Miasto Józefów, zwane dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 121-183308) w dniu 25 czerwca 2010 r.

W dniu 10 stycznia 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2: „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej w dzielnicach Jarosław Północny i Rycice”.

W dniu 20 stycznia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WODROL Pruszków S.A., oraz ISSO 1 Sp. z o.o., zwanych dalej łącznie Odwołującym.

W dniu 24 stycznia 2011 r. Wykonawca: SKANSKA S.A., doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także oświadczenia i argumentację stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowaną w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestników postępowania.

Stanowisko Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WODROL Pruszków S.A., oraz ISSO 1 Sp. z o.o.:

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego na część 2 zamówienia: „*Budowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej w dzielnicy Jarosław Północy i Rycice*”. Odwołujący podnosił, iż czynność ta stanowiła naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Uwzględniając powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz o powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem złożonej przez niego oferty.

Mając na celu uzasadnienie podniesionych przez siebie zarzutów, Odwołujący twierdził, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił złożoną przez niego ofertę. Wykazywał, iż wymagany zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dokument oznaczony nazwą „*Wykaz cen i stawek*” nie może zostać uznany za element treści oferty, z uwagi na fakt, iż nie zawiera on elementów dotyczących przedmiotu zamówienia, ani ceny ofertowej. Podkreślał, iż żadne z postanowień SIWZ, nie licząc nakładającego obowiązek złożenia tegoż dokumentu, nie odnosi się do powołanego wykazu. Okoliczności te, w zestawieniu z faktem, iż cena ofertowa jest ceną ryczałtową, w ocenie Odwołującego, potwierdzają słuszność zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Stanowisko Zamawiającego – Miasta Józefów:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WODROL Pruszków S.A., oraz ISSO 1 Sp. z o.o. na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Twierdził on, iż w świetle obowiązujących przepisów miał obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, bowiem w pkt 14.3 lit. a) SIWZ w sposób jednoznaczny zapisane zostało, iż „*Wykaz cen i stawek*” stanowi część oferty. Podkreślał, iż Odwołujący jest jedynym Wykonawcą, który nie złożył tego dokumentu (pomimo ujęcia go w spisie dokumentów znajdującym się na pierwszej stronie oferty), i to do tego tylko wraz z ofertą na zadanie nr 2 – bowiem do oferty złożonej przez Odwołującego na zadanie nr 5 dokument

ten już został załączony. W ocenie Zamawiającego potwierdza to, iż dla wszystkich Wykonawców, nawet dla Odwołującego, oczywistym było, iż każdy z nich zobowiązany był złożyć, jako element oferty, powołany wykaz.

Zamawiający podnosił ponadto, iż treść spornego dokumentu miała posłużyć mu w trakcie późniejszych, ewentualnych negocjacji prowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem będzie udzielenie zamówień uzupełniających albo dodatkowych. Wskazywał, iż zamiar ten wynika, z poczynienia zastrzeżenia w SIWZ możliwości udzielenie zamówień uzupełniających.

#### Stanowisko Przystępującego – SKANSKA S.A.:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WODROL Pruszków S.A., oraz ISSO 1 Sp. z o.o. w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izłą.

Przystępujący popierał w całości stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestników postępowania zaprezentowanych w odwołaniu, w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak też w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

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.

Mając na celu ocenę zasadności podniesionych przez Odwołującego zarzutów, Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 14.3 SIWZ zawarł postanowienie, iż kompletna oferta musi zawierać wyliczone w trzech kolejnych jednostkach redakcyjnych (literach) dokumenty. W pkt 14.3 lit. a) SIWZ zapisane zostało, iż Wykonawca ma obowiązek złożyć: ofertę – uzupełniony formularz ofertowy, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ; formularz wyceny przedmiotu zamówienia – *Wykaz płatności*, stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ oraz *Wykaz cen i stawek*, stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ.

Odwołujący, co było okolicznością bezsporną pomiędzy Stronami, składając ofertę na zadanie nr 2, pomimo ujęcia w spisie treści zawartym na pierwszej stronie tejże oferty, nie przedłożył Zamawiającego uzupełnionego *Wykazu cen i stawek*.

W ocenie Zamawiającego uzasadniało to odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W świetle obowiązujących przepisów prawa, Zamawiający jest uprawniony i zobowiązany do odrzucenia złożonej mu oferty m.in. w przypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji, tj. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazując na ten przepis prawa, jako na podstawę prawną odrzucenia oferty Wykonawcy, Zamawiający zobowiązany jest wykazać, iż treść oferty – oświadczenia Wykonawcy zawierającego zobowiązanie do zaspokojenia potrzeb i wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ – jest niezgodna z treścią SIWZ – nie odpowiada w swej treści powołanemu opisowi potrzeb i wymagań Zamawiającego. Istotne jest to, iż opis ten należy rozpatrywać w kontekście merytorycznych warunków realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający jest zobowiązany zweryfikować ocenianą ofertę pod kątem zapewnienia przez nią realizacji w całości tegoż przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, Zamawiający ma obowiązek zbadać, czy świadczenie Wykonawcy, które otrzymałby w oparciu o umowę zawartą w wyniku zaakceptowania oferty tego podmiotu, odpowiadałoby swoją treścią opisowi wszystkich zachowań Wykonawcy, których oczekiwał Zamawiający na etapie konstruowania opisu przedmiotu zamówienia i których to opis zawarty został w treści SIWZ. Bowiern to SIWZ w swej treści określać musi w sposób wyraźny, do wykonania świadczenia, o jakiej treści, Wykonawca powinien się zobowiązać – jaką treść w swojej ofercie musi on zawrzeć, aby Zamawiający mógł uznać, iż dookreśla ona wszystkie istotne postanowienia przyszłej umowy w sposób dostateczny, a tym samym, żeby mógł on uznać, że treść oferty odpowiada treści SIWZ.

Podobne stanowisko Izba wyraziła chociażby w wyroku z dnia 29 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 847/08, KIO/UZP 851/08 lub wyroku z dnia 6 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 110/09. Znajduje ono odzwierciedlenie także w orzecznictwie Sądów Okręgowych: wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 15 stycznia 2010 r. sygn. akt VII Ga 163/09 lub wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 28 stycznia 2010 r. sygn. akt II Ca 1211/09.

W rozpatrywanym przypadku, w ocenie Izby, wymóg złożenia przez Wykonawców wraz z ofertą *Wykazu cen i stawek* należy uznać jedynie za wymóg formalny. Treść tegoż dokumentu, w świetle zapisów SIWZ, nie wpływa na zobowiązanie zawarte w ofercie Odwołującego. Jak przyznał sam Zamawiający, SIWZ, w swej treści, nie odnosi się w żaden sposób do treści tegoż dokumentu – nie określa ona nawet, iż wartości, które miały być w nim określone, powinny posłużyć Wykonawcy, jako dane wyjściowe przy ustalaniu wysokości ceny ofertowej.

Okolicznością bezsporną między Stronami jest fakt, iż cena ofertowa jest ceną ryczałtową – stanowi o tym sposób wyraźny m.in. pkt 24.1 SIWZ. W świetle kolejnego punktu SIWZ (pkt 24.2) Wykonawcy zobowiązani byli dokonać kalkulacji ceny ofertowej na formularzu stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ (*Wykaz płatności*). Dokument ten, zgodnie z postanowieniami SIWZ, miał także posłużyć do rozliczeń częściowych w trakcie realizacji przedmiotu umowy. Żadne jednak postanowienie SIWZ nie odnosi się do treści *Wykazu cen i stawek*. Nie zawarte zostały w SIWZ nawet zapisy określające intencję Zamawiającego do posłużenia się tym dokumentem, jako materiałem wyjściowym w trakcie ewentualnych negocjacji z Wykonawcą poprzedzających udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem byłyby zamówienia uzupełniające albo dodatkowe. Izba ustaliła również, iż treść pkt 14.1 Warunków Szczególnych wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ, określa, że w przypadku, gdyby Strony umowy ustaliły, iż zachodzi potrzeba dokonania zmiany wartości odpowiedniego elementu ryczałtowego określonego w *Wykazie Płatności*, dokonają one tego w oparciu o rynkową wartość tych prac, ustaloną przy wykorzystaniu dostępnych danych statystycznych oraz informacji zawartych w biuletynach krajowych profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych. Tym samym nie wezmą one pod uwagę wartości określonych w treści *Wykazu cen i stawek*. To także potwierdza tezę o braku znaczenia treści tegoż dokumentu dla treści oferty.

Jedynym zastrzeżeniem do treści oferty złożonej przez Odwołującego, jakie zgłosił Zamawiający w uzasadnieniu jej odrzucenia, był fizyczny brak powołanego *Wykazu cen i stawek*.

Uwzględniając powyższe ustalenia, w ocenie Izby, wykaz ten miał zostać złożony Zamawiającemu jedynie w celu informacyjnym. Jego treść nie kształtowała w żaden sposób treści zobowiązania Wykonawcy, co więcej, w świetle zapisów SIWZ, nie oddziaływała nawet w sposób pośredni na tę treść. Izba uznała, że brak tegoż dokumentu nie upoważnia Zamawiającego do sformułowania tezy, iż oferta Odwołującego nie dookreśla wszystkich istotnych postanowień przyszłej umowy w sposób dostateczny. Treść *Wykazu cen i stawek* nie stanowiła w swojej istocie elementu oświadczenia woli Wykonawcy, a zawierała jedynie informację dla Zamawiającego, która to informacja tegoż oświadczenia woli nie kreowała. Zamawiający nie był tym samym uprawniony do stwierdzenia, iż nie została określona w sposób dostateczny cena oferty, tak globalnie, jako cena ryczałtowa, jak i w zakresie poszczególnych wartości składających się na tę cenę określonych w treści *Wykazu płatności*.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż niezłożenie przez Odwołującego wraz ofertą *Wykazu cen i stawek* nie może zostać przez Zamawiającego uznany za istotne uchybienie ze strony tegoż Wykonawcy, które pozwoliłoby stwierdzić, iż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ. Brak ten należy potraktować, w kontekście treści SIWZ, jedynie jako uchybienie co do formy oferty. Taki zaś błąd nie może, zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowić podstawy dla odrzucenia oferty.

Tym samym Izba uznała zarzuty podniesione przez Odwołującego za zasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę, 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 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:**

.....