

WYROK

z dnia 29 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Izabela Kuciak
Honorata Łopianowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2012 r. przez wykonawcę **Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o., Gać 90, 55-200 Oława**.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Komplet Inwest sp.j. T..... G....., E..... P.....-N....., al. 11 Listopada 91K; 66-400 Gorzów Wielkopolski, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o., Gać 90, 55-200 Oława i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zakładu Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o., Gać 90, 55-200 Oława** na rzecz **Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań** kwotę **17 460 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o., Gać 90, 55-200 Oława, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Inżynier Kontraktu dla Projektu System gospodarki odpadami Ślęza - Oława” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Dnia 15 października 2012 roku wykonawca Grontmij Polska sp. z o.o., ul. Ziębicka 35; 60-164 Poznań (zwany dalej „odwołujący”), wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania.

Odwołujący wniósł o:

- 1) Unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.
- 2) Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji tej czynności:
 - a) odrzucenie oferty wykonawcy Komplet Inwest sp.j., jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz
 - b) nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Komplet Inwest sp.j. i odrzucenie złożonej przez niego oferty, jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.
- 3) Nakazanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.
- 4) Zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający pismem z dnia 22 października 2012 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, ewentualnie w przypadku uwzględnienia odwołania wniósł o unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy Komplet Inwest sp.j. do złożenia oświadczenia – zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zasoby w formie

wymaganej przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i dokonanie czynności powtórnej oceny ofert.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut się potwierdził.

Odwołujący podnosił, iż oferta złożona przez wykonawcę Komplet Inwest sp.j. jest ofertą niezgodną z treścią s.i.w.z.

W formularzu ofertowym wykonawca Komplet Inwest sp.j. (strona 3 oferty) w punkcie dotyczącym podwykonawstwa oświadczył, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania części zamówienia.

Jednocześnie wykonawca Komplet Inwest sp.j. załączył do oferty oświadczenie podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, z którego wynika, że podmiot ten udostępni wykonawcy osobę zdolną do realizacji zamówienia na stanowisku Technologa-Projektanta.

Pismem z dnia 17 września 2012 r. zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy formularzem ofertowym, w którym podano, że podwykonawstwo nie wystąpi, a treścią zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego (zdaniem zamawiającego) wynikało, że podmiot używający będzie brał udział w realizacji zadania.

W odpowiedzi na rzeczony pismo zamawiającego, wykonawca pismem z dnia 19 września 2012 roku oświadczył, że *„w naszym Formularzu Ofertowym nastąpiła oczywista omyłka pisarska. Raz jeszcze oświadczamy, że (...) stosownie do przedstawionego w naszej ofercie zobowiązania będzie realizowała zadanie na zasadzie podwykonawstwa.”*

Zdaniem odwołującego nie jest wiadomym, czy zamawiający uznał dokonaną zmianę oświadczenia wykonawcy, stanowiącą treść oferty i potraktował wyjaśnienie wykonawcy jako oczywistą omyłkę pisarską zgodnie z żądaniem wykonawcy, czy też wbrew złożonemu w trakcie oceny ofert oświadczeniu, uznał pierwotne oświadczenie złożone w ofercie.

Odwołujący podniósł, iż zmiana dokonana przez zamawiającego jest zmianą istotną, powodującą, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie chodzi jedynie o zmianę treści samego formularza, ale przede wszystkim o zmianę oświadczenia woli, które w momencie składania oferty przez wykonawcę Komplet Inwest sp.j. brzmiało inaczej, niż w przytoczonych wyjaśnieniach. W ocenie odwołującego działanie Komplet Inwest sp.j. polegające na zmianie oświadczenia o udziale podwykonawcy w realizacji zamówienia spowodowało istotną zmianę treści oferty.

Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp *„W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”*

Zgodnie z powołanym przepisem wątpliwości zamawiającego muszą powstać w toku badania i oceny ofert i muszą to być wątpliwości co do treści złożonych ofert. Podstawowym elementem oferty jest oświadczenie woli wyrażone w formularzu ofertowym (oferta *sensu stricte*).

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający mając wątpliwości, co do treści złożonej oferty zwracając się do wykonawcy o wyjaśnienie jej treści, postępował w granicach obowiązującego prawa, dążąc do ujawnienia prawdy obiektywnej. Rzeczywistość ustalona w wyniku uzyskanych od wykonawcy Komplet Inwest sp.j. wyjaśnień winna wywołać, po stronie zamawiającego, co najmniej wątpliwość w zakresie możliwości zmiany treści oferty przez wykonawcę Komplet Inwest sp.j. poprzez złożenie dwóch sprzecznych ze sobą oświadczeń woli składających się na treść oferty, co w myśl obowiązujących przepisów skutkować winno odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, zmiana oświadczenia woli wykonawcy Komplet Inwest sp.j. doprowadziła do zmiany treści oferty, tym samym zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy Komplet Inwest sp.j. jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Czynność dokonana przez wykonawcę Komplet Inwest sp.j. spowodowała *de facto* zmianę treści oferty w sposób niedozwolony przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zważyć bowiem należy, że dopuszczenie zmiany w formie w jakiej dokonał tego wykonawca Komplet Inwest sp.j. prowadziłyby do faktycznego naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. doprowadziłyby do niedozwolonej negocjacji treści złożonej oferty. Negocjacji polegającej na swobodnym kształtowaniu złożonej już oferty w zależności od woli zamawiającego. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, iż zamawiający wzywając wykonawcę Komplet Inwest sp.j. do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (pismo z dnia 17 września 2012 roku) samoistnie ustalił, niejako sugerując wykonawcy Komplet Inwest sp.j., faktyczną formę współpracy wykonawcy z podmiotem udostępniającym swoje zasoby wskazując, iż *„Wykonawca w swojej ofercie wykazuje dysponowanie zasobami firmy (...); podmiot ten będzie brał udział w realizacji części zamówienia zgodnie z oświadczeniem dołączonym do oferty; w takiej sytuacji zgodnie z punktem 9.8. IDW wykonawca polegający na zasobach innych podmiotów winien załączyć do oferty dokumenty zgodnie z punktem 9.1.5) oraz 9.1.6) IDW, które do oferty nie zostały załączone.”* Wskazane przez zamawiającego punkty dotyczyły przedłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 u.p.z.p., oraz przedłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 u.p.z.p., wystawionych nie wcześniej, niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Tak sformułowane wezwanie zawierało zatem dokonaną przez zamawiającego interpretację treści oferty Komplet Inwest sp.j. w zakresie korzystania z podwykonawstwa podmiotu udostępniającego zasobu w postaci osoby, czego wykonawca nie zakwestionował, a przeciwnie – potwierdził, że podmiot trzeci, który udostępnił Komplet Inwest sp.j. swoje zasoby dla realizacji zamówienia będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Wykonawca Komplet Inwest sp.j. oświadczył bowiem jednoznacznie w piśmie z dnia 19 września 2012 roku że w Formularzu Ofertowym nastąpiła oczywista omyłka pisarska a osoba wskazana w treści zamieszczonego w ofercie zobowiązania będzie realizowała zadanie na zasadzie podwykonawstwa.

Istotne jest przy tym, że wykonawca Komplet Inwest sp.j. w ofercie podał, iż nie będzie korzystał z podwykonawstwa. Obowiązek podania tego rodzaju informacji wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał podania ich w treści formularza ofertowego. Oznacza to zatem tyle, że zamawiający uczynił je istotnym elementem oferty, który winien być zaprezentowany przez wykonawcę w formularzu ofertowym. Skutkiem powyższego jest konieczność egzekwowania na etapie oceny ofert zgodności oferty w powyższym zakresie z wymaganiami stawianymi w treści specyfikacji

istotnych warunków zamówienia. Z tego względu nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja prezentowana przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którą fakt podania lub nie tego rodzaju informacji nie wpływa na ocenę oferty. Skoro bowiem zamawiający wymagał tych informacji, to następnie nie może w sposób dowolny oceniać oferty zawierającej sprzeczne informacje w tym zakresie, w tym dopuszczać zmianę tej oferty w trybie wyjaśnienia oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy.

Na gruncie analizowanego stanu faktycznego, w wyniku złożonych wyjaśnień doszło do faktycznej zmiany treści oferty przez złożenie nowego oświadczenia woli w zakresie podwykonawcy. Zmiana powyższa jest o tyle istotna, iż wpływa na realizację przyszłej umowy, jak i wpływa na ocenę wykonawcy pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż w tym zakresie zamawiający przewidział składanie innych dokumentów dla podwykonawcy, a innych dla podmiotu składającego zobowiązanie w trybie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Niedopuszczalność powyższej zmiany wynika bezpośrednio z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odmiennie stanowisko prowadziłoby do dopuszczenia możliwości zmiany każdego elementu treści oferty (oświadczenia woli) przez złożenie innego, zastępującego oświadczenia woli – odpowiadającego w swojej treści - treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak np. dotyczącego długości gwarancji, terminu realizacji, itp., co z punktu widzenia obowiązujących przepisów prawa ustawy - Prawo zamówień publicznych – jest niedopuszczalne.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu, gdyż wykonawca Komplet Inwest sp.j. nie złożył pisemnego zobowiązania podmiotu udostępniającego mu swoje zasoby, w odniesieniu do stanowiska zamawiającego, który uznał zarzut w zakresie faktycznego obowiązku złożenia pisemnego zobowiązania i braku złożenia takiego oświadczenia w wymaganej przepisami formie, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego zasługuje na uwzględnienie. Jednakże biorąc pod uwagę pierwszeństwo zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, żądanie odwołującego w powyższym zakresie jest nadmierne i przedwczesne. Z uwagi na brzmienie wspomnianego przepisu, Izba nie nakazała zamawiającemu wezwania wykonawcy Komplet Inwest sp.j. do uzupełnienia brakującego dokumentu/oświadczenia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 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:

Członkowie:

.....