

Sygn. akt: KIO/UZP 1094/08

WYROK
z dnia 24 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 października 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Instalacji Sanitarnych Janusz Ochenkowski ul. 11 Listopada 42, 07-410 Ostrołęka** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Olszewo-Borki ul. Władysława Broniewskiego 13, 07-415 Olszewo-Borki** protestu z dnia **12 września 2008 r.**¹

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Olszewo-Borki ul. Władysława Broniewskiego 13, 07-415 Olszewo-Borki** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Instalacji Sanitarnych Janusz Ochenkowski ul. 11 Listopada 42, 07-410 Ostrołęka**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Olszewo-Borki ul. Władysława Broniewskiego 13, 07-415 Olszewo-Borki** na rzecz **Zakładu Instalacji Sanitarnych Janusz Ochenkowski ul. 11 Listopada 42, 07-410 Ostrołęka** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładu Instalacji Sanitarnych Janusz Ochenkowski ul. 11 Listopada 42, 07-410 Ostrołęka**.

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

Zamawiający, Gmina Olszewo - Borki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „budowę sieci wodociągowej rozdzielczej w obrębie wsi Zabrodzie w ul. Sikorskiego, Pisarki i Marsowej i w obrębie wsi Kruki, Gmina Olszewo - Borki z przyłączami”. W dniu 25 lipca 2008 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 172391-2008. W tym samym dniu nastąpiło zamieszczenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 8 września 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Zakład Instalacji Sanitarnych Janusz Ochenkowski z siedzibą w Ostrołęce o dokonaniu czynności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę (pismo z dnia 5 września 2008 r.) oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Zakład Instalacji Sanitarnych Mróz Sp. j. z siedzibą w Ostrołęce (pismo z dnia 8 września 2008 r.). W dniu 12 września 2008 r. Zakład Instalacji Sanitarnych Janusz Ochenkowski (zwany dalej Odwołującym) wniósł protest wobec powyższych czynności. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w proteście naruszenie przepisu art. 7, art. 22, art. 24, art. 25, art. 89, art. 92 oraz art. 146 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp” wskazując na bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, zaniechanie wykluczenia wykonawcy Zakład Instalacji Sanitarnych Mróz Sp. j. oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sanprod Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce. Odwołujący stwierdził w uzasadnieniu, że p. Janusz Ochenkowski wskazany w załączniku nr 10 (informacja z dnia 1 września 2008 r.) posiada zaświadczenie kwalifikacyjne nr PE/N/144/03 „budowa sieci z rur polietylenowych – nadzór”, na podstawie egzaminu złożonego w dniu 29 maja 2003 r. przed Komisją Egzaminacyjną – protokół nr 30/2003, gdzie zaświadcza się, że p. Janusz Ochenkowski posiada wiedzę w zakresie stosowania polietylenu do budowy gazociągów, wodociągów, kanalizacji i może w zależności od zakresu posiadanych uprawnień budowlanych: projektować, kierować, nadzorować i kontrolować budowę oraz badać stan techniczny gazociągów, wodociągów i kanalizacji z PE. Zdaniem Odwołującego zostały zatem spełnione wymagania Zamawiającego opisane w siwz (rozdz. IV pkt 5.A9), dotyczące posiadania uprawnień przez osobę wskazaną do nadzorowania wykonywania zgrzewów.

W zakresie braku przedłożenia w ofercie Odwołującego II części załącznika Nr 2 (rozdz. IV pkt 5 A2, pkt 5 C i rozdz. IV pkt 10.1.1 i pkt 10.7) Odwołujący stwierdził, że złożył ofertę kompletną, zawierającą wszystkie wymagane dokumenty. Odwołujący stwierdził, że faktycznie forma załącznika nr 2 oraz kosztorysu ofertowego jest inna, jednak treść jest bezwzględnie właściwa i wszystkie pozycje żądane przez Zamawiającego zostały wycenione. Zgodnie z pkt 10.8 siwz zmiana formy formularza przy zachowaniu właściwej treści nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty.

Ofercie wybranej jako najkorzystniejsza Odwołujący zarzucił niespełnienie wymagania określonego w rozdz. IV pkt 10 siwz dotyczącego posiadanego doświadczenia. Wykonawca przedstawił na str. 26 i 27 oferty wykaz czterech robót, który uzupełnił następnie na wezwanie Zamawiającego o piątą robotę, które to zadania zostały wykonane przez Zakład Instalacji Sanitarnych Waldemar Mróz z siedzibą w Ostrołęce przy ul. 11 listopada 50, co wynika z treści referencji załączonych do oferty. Wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, jak wynika z odpisu z rejestru przedsiębiorców

załączonego do oferty, prowadzi działalność od 21 grudnia 2007 r. oraz nie jest następcą firmy Zakład Instalacji Sanitarnych Waldemar Mróz, a zatem nie posiada wymaganego doświadczenia.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, oferta złożona przez Sanprod Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona jako sprzeczna z zapisami siwz. Wykonawca zmienił bowiem samowolnie treść oferty poprzez dopisanie punktu 1.3 „budowa jednego przyłącza od sieci głównej do budynku (24 m) cena netto 1808 zł, cena brutto 2205,76 zł”, co powinno skutkować odrzuceniem oferty zgodnie z postanowieniem zawartym w siwz (pkt 10.9).

Odwołujący dodał także, że Zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego niejednocześnie tj. niezgodnie z art. 92 Pzp oraz że umowa zawarta z wykonawcą Zakład Instalacji Sanitarnych Mróz Sp. j., podlegającym wykluczeniu, będzie nieważna, ponieważ w tej sytuacji wybór oferty najkorzystniejszej należy uznać za dokonany z rażącym naruszeniem ustawy (art. 146 ust.1 Pzp).

Odwołujący wniósł w proteście o dokonanie ponownej oceny ofert, odrzucenie oferty złożonej przez Zakład Instalacji Sanitarnych Mróz Sp. j. oraz Sanprod Sp. z o.o., a także o wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wobec braku rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, w dniu 25 września 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący podtrzymał w odwołaniu wszystkie zarzuty i wnioski podniesione w proteście. Ponadto wskazał w odwołaniu nowe zarzuty dotyczące: zaniechania zawieszenia przez Zamawiającego biegu terminu związania ofertą do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu i poinformowania wykonawców o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą tj. naruszenie art. 181 ust. 1 i 2 Pzp oraz dokonania w sposób nieuprawniony czynności unieważnienia postępowania, o której Zamawiający poinformował zawiadomieniem z dnia 16 września 2008 r.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty zawarte w proteście i odwołaniu wskazując przepisy art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, 24 ust. 2 pkt 3, art. 25 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 92 ust.1, 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako normy prawne naruszone przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację zawartą w aktach sprawy, oryginalną dokumentację postępowania oraz wyjaśnienia stron złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp uprawniający wykonawcę do korzystania ze środków ochrony prawnej. W przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza i drugiej oferty w rankingu ofert, oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza w pierwszej kolejności rozpoznała zarzuty podniesione przez Odwołującego dotyczące bezpodstawnego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego pomimo złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających, że p. Janusz Ochenkowski posiada kwalifikacje spełniające wymagania Zamawiającego opisane w siwz (rozd. IV pkt 5.A 9).

Izba ustaliła, że w rozdz. IV pkt 5 A9 siwz Zamawiający określił, iż wymaga złożenia dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą wykonywać zamówienie posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień – załącznik nr 10, tj. min.:

- a. uprawnienia kierownika budowy w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji,
- b. uprawnienia zgrzewaczy,
- c. uprawnienia osoby nadzorującej wykonywanie zgrzewów.

W dniu 27 sierpnia 2008 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o uaktualnienie załącznika nr 10 do oferty. Odwołujący złożył uaktualniony załącznik nr 10 w dniu 1 września 2008r. W uzupełnionym dokumencie p. Janusz Ochenkowski został wskazany, jako osoba, która będzie wykonywała „nadzór nad zgrzewaniem PE”. Odwołujący w opisie posiadanych przez p. Janusza Ochenkowskiego uprawnień zawarł: uprawnienia budowlane nr ewid. 10/96/Os z dnia 20 listopada 1996 r. wydane przez Wojewodę Ostrołęckiego, zaświadczenie MOIIB z dnia 27 grudnia 2007 r. nr MAZ/IS/0671/02 oraz zaświadczenie kwalifikacyjne nr PE/N/144/03 z dnia 4 czerwca 2003 r. w zakresie stosowania polietylenu do budowy gazociągów, wodociągów, kanalizacji. Powyższe dokumenty zostały załączone do oferty. Zaświadczenie kwalifikacyjne (str. 57 oferty) wydane przez Centrum Szkolenia Gazownictwa stwierdza ukończenie przez p. Janusza Ochenkowskiego kursu „Budowa sieci z rur polietylenowych – nadzór”, zakończonego egzaminem. Dokument powyższy poświadczają posiadanie przez p. Janusza Ochenkowskiego wiedzy „w zakresie stosowania polietylenu do budowy gazociągów, wodociągów, kanalizacji i może w zależności od zakresu posiadanych uprawnień budowlanych: projektować, kierować, nadzorować i kontrolować budowę oraz oceniać i badać stan techniczny gazociągów, wodociągów i kanalizacji z PE”.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, iż powyższe zaświadczenie kwalifikacyjne p. Janusza Ochenkowskiego nie stanowi potwierdzenia posiadania wymaganych przepisami prawa kwalifikacji do nadzorowania wykonywania zgrzewów. W przypadku uznania przez Zamawiającego, iż wymagane są w tym zakresie również odpowiednie uprawnienia budowlane Zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp przed dokonaniem oceny ofert. Należało wziąć przy tym pod uwagę, iż Zamawiający nie potrafił wskazać w toku rozprawy podstawy prawnej do żądania dotyczącego posiadania - przez osobę nadzorującą wykonywanie zgrzewów - uprawnień kierownika robót budowlanych. W tych okolicznościach Izba uznała za błędną decyzję Zamawiającego, który w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W ocenie Izby niezasadne było również odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji z uwagi na nie załączenie do oferty wraz z kosztorysem ofertowym drugiej części załącznika nr 2 do siwz (wykazu stawek i narzutów oraz tabeli elementów scalonych), a także z powodu sporządzenia kosztorysu ofertowego w jednym dokumencie łączącym trzy przedmiary robót.

W rozdz. IV pkt 5 A 2 siwz Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego wg wzoru określonego w załączniku nr 2 do siwz. Załącznik nr 2 do siwz zawiera w pierwszej części wzór kosztorysu ofertowego na wykonanie zadania pod nazwą „Budowa sieci wodociągowej rozdzielczej w obrębie wsi ...Gmina Olszewo – Borki” natomiast w drugiej części wzór wykazu stawek i narzutów – czynników cenotwórczych oraz tabeli elementów scalonych. W pkt 10.7 siwz Zamawiający wskazał, że „ofertę i załączniki należy przygotować zgodnie z treścią załączonych do niniejszej Specyfikacji formularzy.” Natomiast w pkt 10.9, że „Wykonawcy, którzy dołączyli załączniki o innej treści niż określona w siwz i formularzach zostaną wykluczeni z postępowania lub też ich oferty zostaną odrzucone”.

Odwołujący załączył do oferty kosztorys ofertowy (str. 4 – 39 oferty) obejmujący w jednym dokumencie łącznie trzy przedmiary. Odwołujący oświadczył, że złożony kosztorys ofertowy zawiera wszystkie żądane informacje, jednak opracowane w innej formie - nie są to informacje opracowane odrębnie dla każdego z trzech przedmiarów robót. Zapisy specyfikacji zawarte w rozdz. IV pkt 12.1 oraz Załącznik nr 2 (wzór kosztorysu ofertowego i wykazu stawek i narzutów oraz tabeli elementów scalonych) nie zawierają jakiegokolwiek informacji, że Zamawiający wymaga złożenia trzech kosztorysów ofertowych, trzech wykazów stawek i narzutów, a także trzech tabeli elementów scalonych, co stwierdził Zamawiający w toku rozprawy. Wręcz przeciwnie, zapis w pkt 12.1 zawiera wymóg sporządzenia i załączenia do oferty „kosztorysu ofertowego” tj. w liczbie pojedynczej, wg. załączonego wzoru (zał. Nr 2) „jako sumaryczne zestawienie iloczynów ilości jednostek

przedmiarowych i kalkulacyjnych cen jednostkowych”, natomiast załącznik nr 2 do siwz zawiera wzór kosztorysu ofertowego, którego forma i treść - w szczególności tytuł kosztorysu - racjonalnie mogły zostać uznane przez wykonawcę za wymóg złożenia wraz z ofertą kosztorysu obejmującego całe zamówienie, uwzględniające łącznie trzy przedmiary robót. W tych okolicznościach Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że złożenie kosztorysu w jednym dokumencie z uwzględnieniem wymaganych informacji jest niezgodne z postanowieniami specyfikacji. Izba uznała także za istotną okoliczność w tej sprawie - stwierdzenie przez Zamawiającego - że być może kosztorys ofertowy Odwołującego zawiera wszystkie pozycje wskazane w przedmiarach. Z powyższego stwierdzenia wynika, że Zamawiający nie dokonał pełnego badania oferty (formularza ofertowego) pod względem zawartej w niej treści merytorycznej.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Instalacji Sanitarnych Mróz Sp. j. z powodu nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanego doświadczenia, w tym naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wskazanych przez Odwołującego.

W rozdz. IV pkt 5.A10 Zamawiający wymagał złożenia wykazu trzech robót, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane z należytą starannością – załącznik nr 11. Zakład Instalacji Sanitarnych Mróz Sp. j. przedstawił na str. 26 i 27 oferty wykaz czterech robót, który uzupełnił następnie w dniu 2 września 2008 r. na wezwanie Zamawiającego o piątą robotę budowlaną. Powyższe zamówienia zostały wykonane przez Zakład Instalacji Sanitarnych Waldemar Mróz z siedzibą w Ostrołęce przy ul. 11 listopada 50, co zostało stwierdzone w treści referencji załączonych do oferty i nie było sporne w przedmiotowej sprawie.

W pełnym odpisie KRS załączonym do oferty, w dziale 1 rubryka 4 zostały odnotowane uchwały wspólników. Z treści tych uchwał, przedłożonych przez wykonawcę wraz z przystąpieniem do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu, jednoznacznie wynika, że Zakład Instalacji Sanitarnych Mróz Sp. j. z siedzibą w Ostrołęce ul. Bohaterów Westerplatte 5 jest następcą Zakładu Instalacji Sanitarnych Waldemar Mróz z siedzibą w Ostrołęce ul. 11 listopada 50. Zgodnie z art. 55¹ K.c. oraz art. 93a § 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t. j. Dz. U. z 2005 r. Nr 8 poz. 60 z późn. zmianami) nastąpiło przekształcenie działalności gospodarczej w spółkę jawną, poprzez przejęcie wszystkich praw i obowiązków (następstwo) osoby fizycznej, która wniosła na pokrycie udziału wkład w postaci swojego przedsiębiorstwa. Fakt wniesienia w dniu 31 marca 2008 r. przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ K. c. prowadzonego przez Waldemara Mroza w

formie aportu do spółki jawnej, w zamian za objęcie udziałów tej spółki, został potwierdzony w treści Uchwały Wspólników Nr 1/2008 podjętej w dniu 31 marca 2008 r. (§ 1, § 2 i § 3 ww. uchwały). W szczególności, z treści uchwały wynika, że przedsiębiorstwo zostało w całości (zgodnie z art. 55¹ K.c.) wniesione do spółki w formie aportu na podstawie bilansu przedsiębiorstwa Waldemara Mroza (nr ewid. 1533 - prowadzonej przez Prezydenta Miasta Ostrołęka) sporządzonego na dzień 31 marca 2008 r. Ponadto „Spółka jawna kontynuuje działalność gospodarczą prowadzoną przez Waldemara Mroza, przy zachowaniu pełnej ciągłości majątkowej i przedmiotowej, z przejęciem odpowiedzialności za zobowiązania tego przedsiębiorstwa zgodnie z art. 55⁴ K.c. oraz stanowi następcę prawnego zgodnie z art. 93a Ordynacji podatkowej, który wstępuje we wszelkie prawa i obowiązki Waldemara Mroza wynikające z prowadzonego przez niego przedsiębiorstwa w dotychczasowej formie”.

Przejęcie przedsiębiorstwa Waldemara Mroza poprzez przejście ogółu praw majątkowych i niemajątkowych, należących do przedsiębiorstwa, na rzecz spółki jawnej w dniu 31 marca 2008 r. stwierdza także „Umowa przeniesienia własności przedsiębiorstwa prowadzonego przez osobę fizyczną na spółkę jawną” z dnia 31 marca 2008 r. zawarta pomiędzy Waldemarem Mrozem jako wnoszącym, a Marcinem Mrozem oraz Martą Mróz jako działającymi na rzecz Spółki. Biorąc pod uwagę treść powyżej wskazanych dokumentów Odwołujący nie wykazał, że Zakład Instalacji Sanitarnych Mróz Sp. j. z siedzibą w Ostrołęce ul. Bohaterów Westerplatte 5 nie jest następcą firmy Zakład Instalacji Sanitarnych Waldemar Mróz z siedzibą w Ostrołęce ul. 11 listopada 50, a tym samym, że nie jest uprawniony do posługiwania się referencjami i wykazywania robót wykonanych przez Zakład Instalacji Sanitarnych Waldemar Mróz jako doświadczenia, tj. wartości niematerialnej, nabytego przez Zakład Instalacji Sanitarnych Mróz Sp. j. W tym stanie faktycznym Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż Zakład Instalacji Sanitarnych Mróz Sp. j. z siedzibą w Ostrołęce ul. Bohaterów Westerplatte 5 nie jest następcą Zakładu Instalacji Sanitarnych Waldemar Mróz z siedzibą w Ostrołęce ul. 11 listopada 50 w zakresie doświadczenia w wykonywaniu robót, nabytego przez przedsiębiorstwo włączone do spółki. W konsekwencji należało stwierdzić, że wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu spełnia wymagania określone w rozdz. IV pkt 5A10 specyfikacji, a zatem Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia złożonej przez niego oferty.

W świetle powyższego za nieuzasadniony należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Instalacji Sanitarnych Mróz Sp. j., która zdaniem Odwołującego została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Nie potwierdził się również zarzut, dotyczący zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Sanprod Sp. z o.o. jako sprzecznej z zapisami siwz tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż zmiana treści oferty poprzez dopisanie punktu 1.3 „budowa jednego przyłącza od sieci głównej do budynku (24 m) cena netto 1808 zł, cena brutto 2205,76 zł”, powinna skutkować jej odrzuceniem zgodnie z postanowieniem zawartym w siwz (pkt 10.9), iż „Wykonawcy, którzy dołączyli załączniki o innej treści niż określona w siwz i formularzach zostaną wykluczeni z postępowania lub też ich oferty zostaną odrzucone”.

Istotnie, formularz ofertowy, którego wzór określił Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz nie zawiera punktu 1.3. W ocenie Izby postanowienie zawarte w pkt 10.9 należy interpretować zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który wskazuje jako podstawę odrzucenia oferty niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie sądowym został ukształtowany jednolity pogląd, iż o niezgodności treści oferty z treścią siwz można mówić wówczas, gdy niezgodność dotyczy zawartości merytorycznej oferty, a nie jej formy. Wykonawca zawarł bowiem w formularzu ofertowym w pkt 1.3 informację, która była wymagana przez Zamawiającego w specyfikacji. W rozdz. III pkt 3.3 siwz „przyłącza wodociągowe w granicach posesji” Zamawiający wymagał dokonania wyceny 1 (jednego) przyłącza na podstawie załączonego obmiaru robót, przyjmując średnią długość 24 m (długość przyłącza od sieci głównej do budynku). Postanowienie powyższe zostało wyrażone pogrubioną czcionką i dużymi literami. Zamawiający nie wskazał w specyfikacji w którym miejscu oferty, powyższa informacja powinna być zamieszczona. Izba uznała, że skoro oferta zawiera informację wypełniającą wymagania specyfikacji, która to informacja została umieszczona w formularzu ofertowym, chociaż wzór tego formularza nie przewidywał stosownego punktu, to brak jest podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, a w konsekwencji do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Rozpoznając powyższy zarzut Izba stwierdziła jednakże, że Zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców tj. przepis art. 7 ust. 1 Pzp. Naruszenie nastąpiło poprzez telefoniczne udzielenie wyjaśnień dotyczących treści siwz firmie Sanprod Sp. z o.o. w zakresie sposobu i miejsca zawarcia w ofercie wyceny przyłącza o długości 24 m. Zamawiający udzielił wyjaśnień tylko jednemu wykonawcy, co przyznał w toku rozprawy, stwierdzając, że Odwołujący miał również możliwość skierowania takiego zapytania do Zamawiającego. Powyższe działanie Zamawiającego należy uznać bezwzględnie za naruszające zasadę jawności i pisemności postępowania określone w art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego braku jednoczesnego powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego tj. niezgodnie z art. 92 Pzp wobec potwierdzenia przez Odwołującego zarówno w treści protestu i odwołania jak też na rozprawie, że oba zawiadomienia wykonawca otrzymał w tym samym dniu tj. 8 września 2008 r.

Odwołujący nie przedstawił w toku postępowania odwoławczego żadnych okoliczności faktycznych na uzasadnienie zarzucanego w proteście i odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 25 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. W związku z powyższym Izba uznała powyższe zarzuty za bezpodstawne.

Stosownie do dyspozycji przepisu art. 191 ust. 3 Pzp, Izba nie rozpoznawała zarzutów podniesionych w odwołaniu, a nie zawartych w proteście, dotyczących zaniechania zawieszenia przez Zamawiającego biegu terminu związania ofertą do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu oraz poinformowania wykonawców o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą tj. naruszenia art. 181 ust. 1 i 2 Pzp, a także zarzutu dotyczącego dokonania w sposób nieuprawniony czynności unieważnienia postępowania, o której Zamawiający poinformował zawiadomieniem z dnia 16 września 2008 r. Zgodnie z art. 180 Pzp wobec powyższych czynności i zaniechania czynności przez Zamawiającego w toku postępowania wykonawcom, w tym Odwołującemu przysługiwało prawo wniesienia odrębnego protestu na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Zważywszy, że w dniu 16 września 2008 r. Zamawiający dokonał unieważnienia przedmiotowego postępowania w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, a także, że według wyjaśnień Zamawiającego, decyzja powyższa stała się ostateczna, wobec upływu terminu do wniesienia odwołań od rozstrzygnięcia (oddalenia) wniesionych przez wykonawców w tym przedmiocie protestów, Izba nie nakazała Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, pomimo, iż uznała za uzasadnione zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego. Nakazywanie czynności w tej sytuacji Izba uznała za bezprzedmiotowe.

Biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....