

Sygn. akt: KIO 2191/10

## WYROK

z dnia 21 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **8 października 2010 r.** przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 268a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach, 25-602 Kielce, ul. Jagiellońska 72**

przy udziale wykonawcy **Strabag Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 05-900 Pruszków, ul. Parzniewska 10** zgłaszającego przystąpienie do powstępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Świętokrzyskiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Kielcach, 25-602 Kielce, ul. Jagiellońska 72** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „FART” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 268a** i dokonanie ponownej oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża **Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach, 25-602 Kielce, ul. Jagiellońska 72** i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 268a** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Świętokrzyski Zarząd Dróg Publicznych w Kielcach, 25-602 Kielce, ul. Jagiellońska 72** na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „FART” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 268a** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Kielcach.**

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich, 25-602 Kielce 11, ul. Jagiellońska 72 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę drogi wojewódzkiej nr 763 na odcinku Radkowice – Brzeziny od km 3+440 do km 4+680 – II etap.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 20 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759), zwaną dalej ustawą Pzp.

W dniu 8 października 2010 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Sp. z o.o., 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 268a wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania, mimo, że spełnił warunki udziału w postępowaniu
- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień odwołującego się dotyczących treści oferty
- art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wg kryterium określonego w SIWZ, tj. najtańszej oferty odwołującego,
- art. 89 ust. 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, mimo, że odwołujący nie powinien zostać wykluczony z postępowania.

Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego
- dokonania wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że dnia 21 września 2010 r. pismem nr ŚZDW - N6z/3331/62/300/10 zamawiający uznał ofertę odwołującego się za spełniającą warunki udziału w postępowaniu i wybrał jako najkorzystniejszą.

W wyniku zawiadomienia złożonego przez firmę Strabag Sp. z o.o., zamawiający poinformował pismem nr ŚZDW-N6z/333.01/62/316/10 z dnia 28.09.2010 roku o zamiarze przeprowadzenia ponownej oceny ofert.

W jej wyniku dnia 04 października 2010r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego się i wybrał droższą ofertę Strabag Sp. z o.o. jako najkorzystniejszą, o czym poinformował w piśmie nr ŚZDW-N6z/331/62/333/10. Jako podstawę wykluczenia zamawiający podał, że:

„Ofereant nie wykazał wartości robót jakie zamierza wykonać przy udziale podwykonawców. Formularz OFERTA jest dokumentem, który nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ustawy Pzp”

Odwołujący się oświadczył, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; Wg art. 87 ust. 2 pkt 3 (...Zamawiający poprawia w ofercie:...) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Wg art. 87. 1. w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. W toku przeprowadzania pierwszej i powtórnej oceny ofert odwołujący się nie został poproszony o złożenie koniecznych wyjaśnień, które miałyby na celu usunięcie omyłek w treści oferty.

W ocenie odwołującego się spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu wymienione w pkt. 7 SIWZ, co wykazał w dołączonych do oferty załącznikach. Wskazał również w pkt 8 oferty, które roboty zamierza zlecić podwykonawcom. Nie wpisanie wartości tych robót w tej pozycji nie stanowi istotnych zmian w treści oferty, ponieważ wartość tych robót jest faktycznie podana w kosztorysie - podane rodzaje robót odpowiadają wprost podsumowanym segmentom kosztorysu. Nie powinno to więc być powodem do wykluczenia odwołującego się z postępowania. Stanowisko takie jest potwierdzone w orzeczeniu Krajowej Izbie Odwoławczej m. in. w sprawie sygn. akt. KIO/UZP 1093/08, wyrok KIO z dnia 24 Października 2008r.

Podanie, lub niepodanie, w pozycji 8 formularza oferty wartości robót, jakie wykonawca ma zamiar wykonać przy pomocy podwykonawców, nie wpływa w żaden sposób na istotę treści oferty, tj. na całkowitą cenę, za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamówienie. Odrzucenie oferty odwołującego się na podstawie nieistotnej omyłki i wybranie droższej oferty firmy Strabag stoi w sprzeczności z interesem publicznym, zwłaszcza, że sam zamawiający określił w SIWZ, że jedynym kryterium wyboru będzie cena, a ta jest podana w ofercie odwołującego się prawidłowo i jest najniższa.

Ponieważ w formularzu oferty odwołującego się podano zakres robót zleczanych podwykonawcom a ich wartość można jednoznacznie ocenić na podstawie załączonego do oferty kosztorysu (załącznik nr 2), wobec tego na podstawie art. 87 ust 2 pkt 1, popełniony przez odwołującego się błąd w ofercie należy uznać za oczywistą omyłkę nie powodującą istotnych zmian w treści oferty, którą zamawiający był w stanie samodzielnie poprawić na podstawie załączonej do oferty dokumentacji.

**Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę oświadczenia stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniającego go do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał, by wykonawcy w ofercie wskazali, czy zamówienie zrealizują sami, czy też przy udziale podwykonawców. W przypadku zamiaru podzlecenia całości lub części robót należało podać zakres robót oraz ich wartość (Formularz oferty pkt 8). Jednocześnie zamawiający w SIWZ (Rozdział 10. Opis sposobu przygotowania oferty pkt 10.4.4) wymagał, by wykonawcy dołączyli do oferty kosztorysy ofertowe.

Odwołujący się w złożonej przez siebie ofercie wskazał zakres robót, jakie zamierza zlecić podwykonawcom, nie wskazał natomiast wartości tych robót. Okoliczność ta jest bezsporna i nie została zakwestionowana przez żadną ze stron.

Zamawiający uznał, że nie podanie wartości robót, jakie odwołujący się zamierza zlecić podwykonawcom stanowi o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Stanowisko zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Dyspozycja wskazanego przepisu dotyczy sytuacji, w których treść, a nie forma oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Chodzi tu o merytoryczną zawartość oferty, a nie o jej zgodność pod względem graficznym czy formalnym. Nieprawidłowości dotyczące formy oferty mogą być zatem rozpatrywane wyłącznie w kategoriach uchybień porządkowych, pozostających bez wpływu na osiągnięcie właściwego celu postępowania. Przez treść oferty należy rozumieć treść oświadczenia woli wykonawcy, w którym zobowiązuje się on do wykonania określonego przedmiotu zamówienia za określoną przez siebie cenę. Nie można więc odrzucić oferty, w której wymagane informacje nie zostały podane na określonym przez zamawiającego formularzu, ale w innym miejscu oferty. Stanowisko takie jest ugruntowane zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i poglądach doktryny.

Odwołujący się w formularzu oferty podał, że zamierza zlecić podwykonawcom wykonanie następujących prac: roboty przygotowawcze, chodniki, zatoka autobusowa,

odwodnienie, przepusty, urządzenia bezpieczeństwa, roboty wykończeniowe. Wraz z ofertą odwołujący się przekazał kosztorys ofertowy, w którym wszystkie wskazane powyżej roboty zostały wyszczególnione jako wyodrębnione i odpowiednio zatytułowane fragmenty kosztorysu. Przy każdym rodzaju robót znajduje się jego wartość, zatem ustalenie wartości tychże robót nie nastręcza żadnych trudności.

Brak wskazania wartości prac w formularzu oferty w sytuacji, gdy wartość tę można wyczytać z kosztorysu ofertowego nie jest omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i nie wymaga wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, iż w myśl art. 36 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający żąda od wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Pod pojęciem „części” należy rozumieć fragment większej całości, którą w tym przypadku jest przedmiot zamówienia. Częścią zamówienia jest zatem wyodrębniony fragment wykonywanych robót rozumiany jako część zakresu prac. Cytowany artykuł nie zobowiązuje zamawiającego do żądania podania wartości tychże prac. Wykonawca nie może zatem ponosić odpowiedzialności za nie podanie informacji, których podawać nie musi.

Również samo niewypełnienie nawet prawidłowo wyrażonych, tj. zgodnych z art. 36 ust. 4 ustawy żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa (np. nie podanie informacji o planowanym podwykonawstwie w przypadku gdy w rzeczywistości wykonawca zamierza wykonywać zamówienie lub jego część z pomocą podwykonawców) pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy wyrażonych w ustawie, tj. nie jest sytuacją opisaną w dyspozycjach art. 24 lub 89, na podstawie których wykonawca może jedynie pozbawiony zostać możliwości uzyskania zamówienia.

Podanie lub brak informacji o zakresie podwykonawstwa, poza walorem informacyjnym, nie rodzi żadnego skutku zobowiązaniowego, co do sposobu wykonania zamówienia określonego w ofercie. Powyższe mogłoby zostać osiągnięte jedynie w przypadku gdyby zamawiający wyraźnie określił tego typu zobowiązania w siwz lub zapisał je w umowie, jako wiążące strony w trakcie realizacji umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

.....