

Sygn. akt: KIO 1078/10

**WYROK**  
z dnia 16 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:            Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant:                Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 31 maja 2010 r. przez **Małgorzatę Leśniewską oraz Roberta Leśniewskiego** prowadzących działalność gospodarczą pod firmą **FIRMA OGRODNICZA LEŚNIEWSCY – ARCHITEKTURA ZIELENI, 22-100 Chełm, ul. Czerwonego Krzyża 6**, wpisaną do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez **Wójta Gminy Kamień** pod numerami 399 i 400 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Warta Bolesławiecka, 59-720 Warta Bolesławiecka, Warta Bolesławiecka 40c**

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Warta Bolesławiecka, 59-720 Warta Bolesławiecka, Warta Bolesławiecka 40c i nakazuje**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Małgorzatę Leśniewską oraz Roberta Leśniewskiego** prowadzących działalność gospodarczą pod firmą **FIRMA OGRODNICZA LEŚNIEWSCY – ARCHITEKTURA ZIELENI, 22-100 Chełm, ul. Czerwonego Krzyża 6**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

2) zasądza od **Gminy Warta Bolesławiecka, 59-720 Warta Bolesławiecka, Warta Bolesławiecka 40c** na rzecz **Małgorzaty Leśniewskiej oraz Roberta Leśniewskiego** prowadzących działalność gospodarczą pod firmą **FIRMA OGRODNICZA LEŚNIEWSCY – ARCHITEKTURA ZIELENI, 22-100 Chełm, ul. Czerwonego Krzyża 6** koszty poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości **13 600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Warta Bolesławiecka w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania „*Budowa boiska wielofunkcyjnego przy Gimnazjum im. Jana Pawła II w Iwinach*”, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 kwietnia 2010 r., poz. 91431, wobec czynności odrzucenia oferty złożonej przez Firmę Ogrodniczą Leśniewscy – Architektura Zieleni (dalej odwołujący), w dniu 31 maja 2010 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy, którego oferta została odrzucona. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 31 maja 2010 r. faksem.

O czynności zamawiającego odwołujący został powiadomiony w dniu 25 maja 2010 r. na podstawie informacji o wyborze ofert najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm: POLMAT Artur Matkowski, BUDMEL Korty, Boiska Sportowe Tadeusz Molus oraz o podstawach odrzucenia oferty, przesłanej odwołującemu faksem.

W odwołaniu odwołujący wskazał na naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 3 ustawy PrZamPubl, do których miało dojść na skutek odrzucenia oferty zgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dokonania wyboru oferty nie będącej ofertą najkorzystniejszą.

Podstawą odrzucenia oferty odwołującego, wskazaną przez zamawiającego w piśmie informującym o podstawach odrzucenia, było naniesienie w załączniku do oferty – harmonogramie rzeczowo-finansowym licznych poprawek liczbowych, mających istotne znaczenie dla złożonej oferty bez ich parafowania przez osobę podpisującą ofertę, co było wymogiem zawartym w siwz.

Odwołujący wskazał na brak możliwości odniesienia merytorycznego do decyzji zamawiającego, który nie wskazał na czym konkretnie miała polegać niezgodność treści złożonej przez niego oferty z siwz. Odwołujący wskazał, iż nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty z powody jej niezgodności merytorycznej z treścią siwz, braki formalne typu: brak pieczętki, parafy. Zamawiający nie wykazał na czym polega wpływ naniesionych w treści harmonogramu poprawek liczbowych na treść oferty, jak również wpływu na wysokość podanej ceny, która wynika z załączonego kosztorysu. Odwołujący podnosił, iż brak parafowania poprawek liczbowych naniesionych w treści harmonogramu przygotowanego zgodnie na druku określonym przez zamawiającego i podpisanym przez wykonawcę, stanowi o uchybieniu formalnym i nie może prowadzić do stwierdzenia niezgodności treści złożonej oferty z siwz. Przyjęta przez zamawiającego interpretacja przepisów ustawy

doprowadziła do niezgodnego z prawem rozstrzygnięcia, mającego wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i ponowne dokonanie wyboru oferty w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 07.06.2010 r.), złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł o jego oddalenie. Zamawiający uznał, iż harmonogram rzeczowo-finansowy, będący obligatoryjnym składnikiem dokumentacji ofertowej miał stanowić załącznik do umowy, jako jej istotny element, a jego sposób sporządzenia wpłynął na nieczytelność zawartości oferty. Odwołał się do celu, w jakim żądał sporządzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego i którym było bezpieczne planowanie wydatków inwestycyjnych bez naruszenia rzetelności budżetu. Ponieważ inwestycja będzie współfinansowana z udziałem środków unijnych, zamawiający przywiązywał szczególną wagę do zachowania przejrzystości i rzetelności dokumentacji przetargowej oraz dokumentacji wykonawczej i powykonawczej inwestycji. Odwołujący załączył do oferty nieprzejrzysty, pokreślony, niezaparaflowany harmonogram rzeczowo-finansowy, który w ocenie zamawiającego z dużym prawdopodobieństwem zostanie zakwestionowany przez kontrolującego, co może skutkować nieprzyznaniem środków unijnych na ww zadanie. Wskazane okoliczności mają przesądzać o merytorycznym znaczeniu dokumentu, wpływającego na treść stosunku zobowiązaniowego łączącego strony zawierające umowę o wykonanie robót budowlanych.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, kierując się okolicznościami ustalonymi w toku rozprawy na podstawie dokumentacji postępowania, a także stanowiskami stron przedstawionymi w pismach i ustnie na rozprawie.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz

możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl. Jak ustalono w oparciu o dokumentację postępowania – protokół, druk ZP-12, oferta odwołującego była ofertą najtańszą, spośród jedenastu złożonych w postępowaniu ofert. Na skutek czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego i dokonaniu wyboru oferty innego wykonawcy, odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, co jednocześnie oznacza utratę korzyści spodziewanych w związku z realizacją zamówienia.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w świetle stawianych zarzutów, było ustalenie, czy w okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny treści oferty odwołującego uznając, iż podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl.

Izba uznała, iż zamawiający uchybił normie zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt ustawy PrZamPubl, a tym samym doszło do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy PrZamPubl, poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu.

Stanowisko Izby zapadło w oparciu o poczynione na podstawie dokumentacji postępowania ustalenia faktyczne oraz rozważania prawne.

Zamawiający w wyniku przeprowadzonego badania i oceny ofert uznał, iż sposób przygotowania harmonogramu rzeczowo-finansowego, w którym naniesione zostały liczne poprawki liczbowe, mające istotne znaczenie dla złożonej oferty, z których żadna nie została parafowana przez osobę podpisującą ofertę, prowadzi do obowiązku odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl. (pismo RZK.I.341-0011/2010 z 25.05.2010 r.).

W toku rozprawy Izba ustaliła, iż w ofercie odwołującego na stronie 3 znajduje się wypełniony przez wykonawcę i podpisany przez niego załącznik nr 11 do siwz - harmonogram rzeczowo-finansowy (dokument jednostronicowy), zawierający wyszczególnienie robót z podaniem ich wartości netto, brutto oraz kwot podatku VAT. Kwoty dotyczące poszczególnych elementów robót zostały podane w kolumnach odpowiadających miesiącom w jakich będą realizowane (kolumny od 5-16), jak również zbiorczo w kolumnie nr 3 tabeli. Wykonawca wypełniając dokument dokonał przekreślenia wartości brutto pozycji trzeciej robót wpisując nad przekreśleniem wartość prawidłową (kolumna 10), a także wykreślił wartości podane wcześniej dla pozycji 5 robót w kolumnach: 3 oraz od 11 do 16, wpisując prawidłowe wartości w kolumnach: 3 oraz od 14 do 16 tabeli. Kwoty zsumowane w kolumnie 3 dla wszystkich robót wskazanych w pozycjach od 1 do 7, określające wartość netto, kwotę podatku VAT (22%) oraz wartość brutto, zostały przeniesione do formularza

oferty, jako cena oferty (str. 1 oferty). Wartości netto robót podane w harmonogramie w pozycjach od 1 do 6 (kolumna 3) po ich zsumowaniu odpowiadają wartości kosztorysowej robót określonej w kosztorysie załączonym na stronie 4 oferty dla wykonania roboty budowlanej – 325.746,80 zł, natomiast wartość wykonania oświetlenia boisk (poz. 7 harmonogramu) wynika z wartości netto kosztorysu sporządzonego oddzielnie na stronach od 24 do 27 oferty – 22.120,74 zł.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części VIII. Opis sposobu przygotowania oferty, w pkt 4 wymagał, aby wszystkie poprawki naniesione przez wykonawcę w ofercie w trakcie jej przygotowania były parafowane przez osobę podpisującą ofertę.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny, Izba uznała, iż wskazane przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego nieprawidłowości w sposobie sporządzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego, nie mogły stanowić podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako niezgodnej z treścią siwz. W szczególności Izba miała na względzie okoliczność, iż podane w harmonogramie kwoty zostały wyliczone w sposób prawidłowy i zgadzały się z podaną w formularzu oferty ceną, jak również wynikały z kosztorysów złożonych w ofercie. Zamawiający nie kwestionował prawidłowości kwot wskazanych w harmonogramie, czy też sposobu określenia miesięcy w których wykonawca zamierza wykonywać poszczególne elementy robót. Wykonawca przewidział wykonanie robót w okresie czterech miesięcy, co odpowiadało określonemu w treści siwz pożądanemu terminowi wykonania zamówienia (pkt II siwz). Faktycznie zarzut zamawiającego sprowadzała się do kwestionowania dochowania przez wykonawcę formy przewidzianej w siwz dla nanoszenia poprawek w ofercie i wymagania opatrzenia ich parafą osoby podpisującej ofertę. Zamawiający nie wskazywał na merytoryczną niezgodność treści zawartej w formularzu – harmonogram rzeczowo-finansowy, stanowiącym załącznik do oferty z zapisami siwz, odwoływał się natomiast do możliwości zakwestionowania przez organ kontrolujący przejrzystości dokumentacji postępowania. Okoliczność ta pozostaje poza dyspozycją przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl, który odwołuje się do treści oferty, a więc jej merytorycznej, a nie formalnej strony. W oparciu o złożony harmonogram zamawiający jest w stanie ustalić wysokość środków, jaką będzie musiał zabezpieczyć w poszczególnych miesiącach realizacji inwestycji, czemu wydaje się przeczyć argumentacja zawarta w odpowiedzi na odwołanie. Podane przez wykonawcę kwoty są czytelne i są zgodne z pozostałą treścią oferty (formularz oferty oraz kosztorysy).

W oparciu o powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), znajdującego zastosowanie, zgodnie z § 7 rozporządzenia, do odwołania dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. i wniesionego po wejściu w życie przepisów rozporządzenia, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony przez odwołującego wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia, a także zasądziła na rzecz odwołującego koszty przez niego poniesione, obejmujące koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika (na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy do akt sprawy).

**Przewodniczący:**

.....