

Sygn. akt: KIO 1149/11

## WYROK

z dnia 16 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-574 Warszawa, ul. Łowicka 19** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminę Solec – Zdrój, 28-131 Solec – Zdrój, ul. 1 Maja 10**

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Solec – Zdrój, 28-131 Solec-Zdrój, ul. 1 Maja 10** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-574 Warszawa, ul. Łowicka 19** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Gminy Solec – Zdrój, 28-131 Solec- Zdrój, ul. 1 Maja 10** na rzecz **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-574 Warszawa, ul. Łowicka 19** kwotę **11 098 zł 98 gr** (słownie: jedenaście tysięcy dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy), łącznie stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie **3 598 zł 98 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy);
  - 2.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-574 Warszawa, ul. Łowicka 19** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej kwotę nadpłaconego wpisu.

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 **w Kielcach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Gmina Solec - Zdrój (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Pełnienie nadzoru inwestorskiego dla zadania pn. Kompleks mineralnych basenów w Solcu – Zdroju”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 maja 2011 r., poz. 137785 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 1 czerwca 2011 r. BUD-INVENT Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty; zarzuciła Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego, decyzja Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty była wadliwa. Zamawiający stwierdził bowiem brak załączenia do oferty Odwołującego aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, a więc powinien był go wezwać do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Tymczasem Zamawiający wadliwie zaniechał wezwania, twierdząc że i tak oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, jako że jest niezgodna z treścią SIWZ, a to dlatego, że nie załączono do niej załącznika nr 8 do SIWZ, zatytułowanego „Wykaz usług, które wykonawca powierzy podwykonawcom”. Odwołujący twierdził, że fakt niezłączenia do oferty ww. załącznika jest jednoznaczny z wyrażeniem woli wykonania zamówienia samodzielnie.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Składając odpowiedź na odwołanie ustnie na rozprawie, wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się formalizmem i nie można domniemywać woli stron, jeżeli nie wynika ona wyraźnie z dokumentu złożonego w postępowaniu. W jego ocenie nie jest dopuszczalne interpretowanie braku dokumentów jako decyzji o niezatrudnieniu podwykonawcy, ponieważ w specyfikacji zawarto wskazówkę, że jeżeli jakiś dokument nie dotyczy wykonawcy to

należy go złożyć i zaznaczyć „nie dotyczy”. Podnosił, że załącznik nr 8 do SIWZ nie należy do kategorii dokumentów, które można uzupełnić.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Do SIWZ załączono załącznik nr 8 zatytułowany „Wykaz usług, które wykonawca powierzy podwykonawcom.”. Zawierał on oświadczenie, że wykonawca będzie realizował zamówienie przy pomocy podwykonawcy. Pod tymże oświadczeniem zamieszczono tabelę, w której należało podać zakres i wartość robót powierzonych podwykonawcy.
2. W SIWZ w rozdziale XXIX Zamawiający dopuścił wykonanie zamówienia przy udziale podwykonawców, i równocześnie żądał wskazania w ofercie części zamówienia, której zadanie powierzy podwykonawcom „według wzoru stanowiącego załącznik nr 8”.
3. W SIWZ Zamawiający wskazał, iż „formularze i załączniki powinny zostać wypełnione bez wyjątku i ściśle”, a jeżeli jakkolwiek część dokumentów nie dotyczy wykonawcy, to „wpisuje on >>nie dotyczy<<” (rozdział XII pkt 2.4 SIWZ).
4. W SIWZ nie zawarto wymogu co do złożenia oświadczenia o wykonaniu zamówienia samodzielnie bądź przy pomocy podwykonawców (alternatywnego do oświadczenia zawartego w załączniku nr 8).
5. Odwołujący do oferty nie załączył formularza - załącznika nr 8 do SIWZ.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego stwierdziła, że Zamawiający postąpił wadliwie, uznając, że brak załączenia przez Odwołującego do oferty załącznika nr 8 do SIWZ stanowi podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ.

Z SIWZ nie wynikał wymóg zadeklarowania w ofercie, czy wykonawca wykona zamówienie samodzielnie, czy przy udziale podwykonawców. Załącznik nr 8 do SIWZ zawierał oświadczenie o wykonaniu zamówienia przy pomocy podwykonawców. Rację miał Odwołujący, że z treści formularza załącznika nr 8 do SIWZ wynikało, iż załączenie go do oferty było wymagane jedynie w sytuacji, jeżeli wykonawca zamierza wykonać zamówienie przy udziale podwykonawców. Rzeczywiście Odwołujący mógł postąpić zgodnie

z wskazówką zawartą w SIWZ i załączyć do oferty załącznik nr 8, a rubryki tabeli załącznika opisać wyrażeniem „nie dotyczy”. Jednak, jak słusznie zauważył Odwołujący na rozprawie, podpisując się pod tak skonstruowanym załącznikiem, złożyłby oświadczenie, że wykona zamówienie przy pomocy podwykonawców, czego uczynić nie zamierzał – twierdził wręcz, że ze względu na specyfikę zamówienia nie jest to możliwe. Faktycznie, gdyby Odwołujący wraz z ofertą złożył załącznik nr 8 (zawierający deklarację o wykonaniu zamówienia przy pomocy podwykonawców), w rubrykach tabeli, w których należało podać wartość i zakres zamówienia zamieszczając zwrot „nie dotyczy”, można byłoby wnioskować, że zamierza on wykonać zamówienie przy udziale podwykonawców, lecz nie zamierza podawać wartości i zakresu zamówienia, który im powierzy (co byłoby zgodne z Rozdziałem XII pkt 2.4 SIWZ, mówiącym o częściach dokumentów niedotyczących wykonawcy).

Z SIWZ nie wynikał obowiązek złożenia deklaracji o wykonaniu zamówienia samodzielnie.

Reasumując, w kontekście wymogów SIWZ z treści oferty Odwołującego – skoro nie załączył on do oferty załącznika nr 8, a w pozostałych dokumentach brak podstawy do domniemania, że zamierza wykonać zamówienie przy pomocy podwykonawców - wynikało, że zamierza on wykonać zamówienie samodzielnie.

W związku z brakiem załączenia do oferty Odwołującego załącznika nr 8, który zawierał oświadczenie o powierzeniu zamówienia podwykonawcom, nie zaistniała podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego. W konsekwencji Izba uznała, iż Zamawiający przyjął błędnie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ oraz błędnie zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia aktualnego zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach – zatem **Zamawiający winien unieważnić decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego i wykluczeniu go z postępowania i ponownie dokonać czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych dlatego orzeczono, jak w sentencji.

Nakazano zwrot Odwołującemu kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), co stanowi różnicę pomiędzy wpisem uiszczonym, a wpisem należnym.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....