

Sygn. akt: KIO 2343/13

**WYROK**  
**z dnia 17 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum firm: **LINTER S.A., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych "METRO" sp. z o.o., ABIKORP Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 57a, 32-340 Wolbrom** w postępowaniu prowadzonym przez **AQUANET S.A., ul. Dolna Wilda 126, 61-492 Poznań,**

przy udziale wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: LINTER S.A., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych "METRO" sp. z o.o., ABIKORP Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 57a, 32-340 Wolbrom,**

, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: LINTER S.A., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych "METRO" sp. z o.o., ABIKORP Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 57a, 32-340 Wolbrom**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

AQUANET S.A., ul. Dolna Wilda 126, 61-492 Poznań (dalej: „zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę kanalizacji w miejscowości Daszewice (gm. Mosina). Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

27 września 2013 r. zamawiający - w formie faksu oraz e-mail - przekazał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: LINTER S.A. (lider), Przedsiębiorstwo Robót Górniczych "METRO" sp. z o.o. (Partner), ABIKORP Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. (Partner), ul. Piłsudskiego 57a, 32-340 Wolbrom (dalej: „odwołujący” lub „Konsorcjum”) zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z informacją zawartą w zawiadomieniu za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (dalej: „Strabag” lub „przystępujący”).

2 października 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Konsorcjum wobec zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Strabag, a także wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego. Odwołujący zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 Pzp przekazał kopię odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp, mające wpływ na wynik postępowania, a mianowicie naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty której treść jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”).

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- odrzucenia oferty Strabag,
- powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, że po zapoznaniu się z treścią złożonej oferty wybranego wykonawcy stwierdził, że treść formularza ofertowego jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego, gdyż brak jest zobowiązania wykonawcy do przedłożenia przed podpisaniem umowy zatwierdzonego Harmonogramu Bazowego. W związku z tym treść oferty Strabag jest niezgodna z wymaganiami siwz i powinna podlegać odrzuceniu.

4 października 2013 r. do Izby wpłynęło w formie pisemnej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego ze strony wykonawcy Strabag.

W toku posiedzenia Izby odwołujący złożył pismo procesowe, podtrzymał zarzuty i wnioski przedstawione w odwołaniu. Natomiast zamawiający przedłożył kopię Harmonogramu Bazowego złożonego przez Strabag w dniu 10 października 2013 r.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, w tym: treść specyfikacji oraz oferty przystępującego, pisma oraz stanowiska stron, a także przystępującego przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła:**

Izba ustaliła, że w siwz w pkt 15.3. 1) lit f zamawiający postawił wymóg złożenia wraz z ofertą harmonogramu ofertowego – opracowanego zgodnie z procedurą Budowy Harmonogramu Bazowego i Operacyjnego oraz Słownikiem Pojęć do Procedury Budowy Harmonogramu Bazowego i Harmonogramu Operacyjnego.

Zamawiający opracował również wzór formularza oferty stanowiący załącznik nr 1 do siwz, w którym w pkt 3 ppkt 9 podano: „W przypadku uznania mojej (naszej) oferty za najkorzystniejszą umowę zobowiązuję (emy) się zawrzeć w miejscu i terminie jak zostanie wskazane przez Zamawiającego oraz zobowiązuję (emy) się zabezpieczyć umowę zgodnie z treścią w pkt 14 IDW”.

Pismem z dnia 20 czerwca 2013 r., w odpowiedzi na pytania wykonawców, zamawiający zmodyfikował treść siwz. W odpowiedzi na pytanie nr 1 o treści:

„Czy Harmonogram Ofertowy (...) ze względu na duże rozmiary, może zostać złożony jedynie w formie elektronicznej”,

zamawiający podał:

„Zamawiający informuje, że dokonał zmiany zapisów SIWZ w zakresie Harmonogramu Ofertowego oraz Harmonogramu Bazowego. Część I SIWZ (IDW) Zamawiający skreśliła w pkt 15.3.1 ppkt f) dotyczący złożenia w ofercie przez wykonawców Harmonogramu Ofertowego. W związku z tym wykonawcy do oferty nie muszą załączać żadnego harmonogramu. Jednocześnie w IDW w pkt 29 Informacje ogólne dotyczące kwestii formalnych umowy w sprawie niniejszego zamówienia, zamawiający dodaje punkt 29.6 o następującej treści: „29.6. W terminie do 20 dni, od dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, a przed podpisaniem umowy, wykonawca, którego oferta została wybrana zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu Harmonogram Bazowy, opracowany i zatwierdzony zgodnie z procedurą Budowy Harmonogramu Bazowego i Operacyjnego oraz Słownikiem Pojęć do Procedury Budowy Harmonogramu Bazowego i Harmonogramu Operacyjnego. Warunkiem podpisania umowy przez Zamawiającego w wybranym Wykonawcą będzie zatwierdzenie przez Zamawiającego Harmonogramu Bazowego złożonego przez Wykonawcę”. Ponadto zamawiający zmienia treść pkt 9) Załącznika nr 1 – wzór Formularza Oferty na: „W przypadku uznania mojej (naszej) oferty za najkorzystniejszą umowę zobowiązuję (emy) się zawrzeć w miejscu i terminie jak zostanie wskazane przez Zamawiającego oraz zobowiązuję (emy) się zabezpieczyć umowę zgodnie z treścią w pkt 13 IDW. Ponadto przed podpisaniem umowy zobowiązuję (emy) przedłożyć zatwierdzony Harmonogram Bazowy zgodnie z treścią pkt 29.6 IDW”.

W ofercie Strabag w formularzu ofertowym (str. 2-3 oferty) podano m. in: „3. Ja niżej podpisany oświadczam, że:

1. Zapoznałem się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia,
2. Gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmian. (...)
9. W przypadku uznania mojej (naszej) oferty za najkorzystniejszą umowę zobowiązuję (emy) się zawrzeć w miejscu i terminie jak zostanie wskazane przez Zamawiającego oraz zobowiązuję (emy) się zabezpieczyć umowę zgodnie z treścią w pkt 14 IDW. (...)

#### **Izba zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba potwierdziła również skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Strabag.

#### Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzuty w zakresie naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp opisane w odwołaniu w całości nie potwierdziły się.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Rozstrzygnięcie niniejszego sporu wymaga odpowiedzi na pytanie: czy brak w ofercie Strabag w formularzu ofertowym treści - „Ponadto przed podpisaniem umowy zobowiązuję (emy) przedłożyć zatwierdzony Harmonogram Bazowy zgodnie z treścią pkt 29.6 IDW” – przesądza o niezgodności treści oferty złożonej przez Strabag z treścią siwz. Na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

Z ustaleń Izby wynika jasno, że zamawiający w pierwotnej wersji siwz żądał od wykonawców złożenia wraz z ofertą Harmonogramu ofertowego co wprost odzwierciedla treść pkt 15.3.1) lit f siwz. W wyniku zmiany specyfikacji wywołanej pytaniami wykonawców zamawiający zmodyfikował treść siwz poprzez wykreślenie w całości pkt 15.3.1) lit f siwz i dodanie pkt 29.6, treścią którego zobowiązano jedynie wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą w terminie do 20 dni, od dokonania przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej (a przed podpisaniem umowy), do przedłożenia zamawiającemu Harmonogram Bazowy. Ponadto zamawiający zastrzegł, że warunkiem podpisania umowy przez zamawiającego w wybranym wykonawcą będzie zatwierdzenie przez zamawiającego Harmonogramu Bazowego złożonego przez wykonawcę.

Biorąc pod uwagę powyższą zmianę zamawiający dodał w pkt 9) Załącznika nr 1 – wzór Formularza Oferty odpowiednią treść, tj. „Ponadto przed podpisaniem umowy zobowiązuję (emy) przedłożyć zatwierdzony Harmonogram Bazowy zgodnie z treścią pkt 29.6 IDW”.

Izba dokonując badania zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu nie podzieliła argumentacji prezentowanej przez odwołującego, który podnosił, że ww. stwierdzenie stanowi merytoryczną treść oferty wykonawcy, a wobec jej oferta Strabag powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp.

W rozpoznawanej sprawie Izba stanęła na stanowisku, że brak w formularzu ofertowym w ofercie Strabag treści - „Ponadto przed podpisaniem umowy zobowiązuję (emy) przedłożyć zatwierdzony Harmonogram Bazowy zgodnie z treścią pkt 29.6 IDW” - nie przesądza o niezgodności oferty przystępującego z treścią specyfikacji. Izba stwierdziła, że powyższe zobowiązanie nie odnosi się do etapu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, a jest zobowiązaniem, które jest składane na późniejszym etapie i którego złożenie należy uznać za konieczne do zawarcia umowy. Tym samym Izba wskazuje, że bez znaczenia pozostaje złożony w toku rozprawy przez zamawiającego Harmonogram Bazowy pochodzący ze strony Strabag, który wpłynął do zamawiającego w dniu 10 października 2013 r.

Izba zwraca uwagę, że w formularzu ofertowym Strabag zawarł oświadczenie, że zapoznał się z treścią siwz dla niniejszego zamówienia oraz, że gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią siwz, wyjaśnień do siwz oraz jej zmian. Opisany powyżej brak Izba uznała jedynie za uchybienie formalne nie mogące skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wobec powyższego Izba nie dopatryła się także naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

W toku rozprawy odwołujący podnosił kwestię niezgodności treści oferty przystępującego w zakresie podanie w pkt 9 formularza ofertowego odwołania do pkt 14 IDW, podczas gdy formularz powinien zawierać oznaczenie „13 IDW”. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z powyższym Izba nie może orzec w sprawie zarzutu odwołującego sformułowanego w toku rozprawy, odnoszącego się do niezgodności treści oferty Strabag w zakresie pkt 9 formularza ofertowego w oznaczeniu punktów IDW z treścią specyfikacji.

Podsumowując, Izba po zbadaniu zarzutów Konsorcjum zawartych w odwołaniu stwierdziła, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 pkt 1 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:** .....