Sygn. akt: KIO 1053/19

WYROK
z dnia 24 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Protokolant:

Katarzyna Brzeska
Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 czerwca 2019 r. przez wykonawcę Multi Energy Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Szkołę Główną Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie

przy udziale wykonawcy PBS Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Sobolewie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Multi Energy Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Multi Energy Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

   2) zasądza od wykonawcy Multi Energy Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Zamawiającego: Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1053/19

Uzasadnienie

Zamawiający: Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie prowadzi w

trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „ustawą Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Termomodernizacja 8 budynków Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie przy ul. Nowoursynowskiej 166 - teren Rektoratu - tryb zaprojektuj i wykonaj'.

Wykonawca Multi Energy Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym'") w dniu 10 czerwca 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wniósł odwołanie na zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PBS Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Sobolewie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenie oferty wykonawcy PBS Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Sobolewie i wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm określonych w stosownych przepisach.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy PBS Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Sobolewie, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy PBS Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Sobolewie (zwanego dalej: „Przystępującym").

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „ustawą Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Termomodernizacja 8 budynków Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie przy ul. Nowoursynowskiej 166 - teren Rektoratu - tryb zaprojektuj i wykonaj', /dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ") zawierała następujące postanowienia:

- Rozdział III Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2, ppkt 8: Wykonawca dołącza do oferty wypełniony Preliminarz kosztów - załącznik nr 5 do SIWZ oraz zatwierdzone Programy Funkcjonalno-Użytkowe - załącznik nr 4a, 4b, 4c, 4d, 4e, 4f, 4g, 4h do SIWZ.

- Rozdział XIV Opis sposobu przygotowania ofert, pkt 12: Zawartość oferty. Kompletna oferta musi zawierać: a) formularz Oferty - sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, b) dokumenty określone w rozdziale IX pkt 1 SIWZ, c) preliminarz kosztów sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, d) harmonogram robót sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, e) stosowne pełnomocnictwo(a) - w przypadku, gdy upoważnienie do podpisania oferty nie wynika bezpośrednio ze złożonego w ofercie odpisu z właściwego rejestru albo

zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, f) w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, dokument ustanawiający Pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego.

• Rozdział XVII Opis sposobu obliczania ceny, pkt 5: Cenę oferty należy rozumieć jako wynagrodzenie ryczałtowe.

• Wzór umowy, § 3 Wynagrodzenie wykonawcy: za wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w § 1 umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe zgodnie z ceną ofertową w łącznej wysokości ....

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 5, 13, 16/

W niniejszym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy: PBS Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Sobolewie oraz wykonawca Multi Energy Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania str. 8/

W dniu 23 maja 2019 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę PBS Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Sobolewie do uzupełnienia dokumentów niezałączonych przez wykonawcę wraz z ofertą, t.j. zatwierdzonych programów funkcjonalno-użytkowych, załącznik nr4a, 4b, 4c, 4d, 4e, 4f, 4g, 4h do SIWZ.

/wezwanie wykonawcy PBS Invest Sp. z o. o. z siedzibą w Sobolewie z dnia 23 maja 2019 r./

W dniu 23 maja 2019 r. wykonawca PBS Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Sobolewie uzupełnił wymagane dokumenty.

/uzupełnienie wykonawcy PBS Invest Sp. zoo. z siedzibą w Sobolewie z dnia 23 maja 2019 r./

W dniu 4 czerwca 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy PBS Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Sobolewie.

/Wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy PBS Invest Sp. z o. o. z siedzibą w Sobolewie z dnia 4 czerwca 2019 r./

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca Multi Energy Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 10 czerwca 2019 r. wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

/Odwołanie wykonawcy Multi Energy Service Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie z dnia 10 czerwca 2019 r./

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Spór pomiędzy stronami sprowadza się do pytania czy Zamawiający wobec postawionych wymagań zobowiązany był do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Bezspornym jest, że Przystępujący nie złożył wraz z ofertą zatwierdzonych programów funkcjonalno-użytkowych, a Zamawiający - wobec zaistniałego stanu

faktycznego - wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia ww. dokumentów.

W pierwszej kolejności należało ustalić jaki charakter miał wymagany przez Zamawiającego dokument w postaci zatwierdzonych programów funkcjonalno-użytkowych. W ocenie Izby zatwierdzone programy funkcjonalno-użytkowe - wobec postanowień specyfikacji oraz całokształtu postawionych wymagań - miały wyłącznie charakter formalny, nie zaś merytoryczny. Jak słusznie zauważono Zamawiający wymagał zatwierdzonych programów funkcjonalno-użytkowych, które były dokumentami stworzonymi przez Zamawiającego, wykonawca zaś miał jedynie je zatwierdzić. Na uwagę zasługuje również rozdział XIV Opisu sposobu przygotowania ofert, pkt 12 „Zawartość oferty". Z postanowienie tego jednoznacznie wynika, że Zamawiający wymagał od wykonawcy dołączenia preliminarza kosztów oraz harmonogramu, nie wymieniając zatwierdzonych programów funkcjonalno-użytkowych. W konsekwencji już z tego faktu - w ocenie Izby - nie można wyciągać wobec Przystępującego negatywnych konsekwencji - skoro wymagania Zamawiającego nie były jasne i spójne. Ponadto istotne znaczenie dla oceny niniejszej sprawy miało również to, że Zamawiający zgodnie z Rozdziałem XVII pkt 5 SIWZ przyjął wynagrodzenie ryczałtowe, zatem Zamawiający przyjął w tym postępowaniu wynagrodzenie stałe, co potwierdza również wzór umowy, zatem zatwierdzone programy funkcjonalno-użytkowe nie miały żadnego istotnego dla Zamawiającego znaczenia w postępowaniu. Powyższe postanowienia specyfikacji wskazywały, że Zamawiający postawiony wymóg - co do zatwierdzonych programów funkcjonalno-użytkowych traktował jako wymóg wyłącznie formalny. Ponadto z postanowień specyfikacji nie wynikało w żaden sposób co Zamawiający miałby weryfikować poprzez wymagane dokumenty, jednocześnie co jest istotne - na co wskazał również Zamawiający oraz Przystępujący - stosowne oświadczenie co do akceptacji w pełni i bez żadnych zastrzeżeń postanowień SIWZ zostało złożone przez wykonawcę w ofercie. Dodatkowo Izba zgodziła się ze stanowiskiem Przystępującego, że program funkcjonalno-użytkowy jest dokumentem pochodzącym od Zamawiającego - sporządzany w celu opisu przedmiotu zamówienia - nie jest to dokument wygenerowany przez wykonawcę (w przeciwieństwie do harmonogramu oraz preliminarza kosztów), wykonawca w żaden sposób nie wypełnia tego dokumentu, nie składa żadnych oświadczeń co do parametrów związanych z wykonaniem zamówienia.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, że bez znaczenia pozostaje cel dla jakiego Zamawiający wymaga określonego dokumentu w postępowaniu. Na uwagę zasługuje art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z którego wynika, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z przepisu tego wynika, że zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy tylko wtedy gdy treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji, zatem odrzucenie oferty wykonawcy za jej niezgodność możliwe jest tylko gdy wskazana niezgodność ma charakter merytoryczny, nie formalny - co potwierdza ugruntowane orzecznictwo KIO oraz orzecznictwo sądów okręgowych.

Odnosząc się do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w ocenie Izby bez znaczenia pozostaje ocena zgodności czynności wezwania do uzupełnienia, gdyż Zamawiający nawet w sytuacji niewezwania wykonawcy o uzupełnienie niniejszych dokumentów nie miałby podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: