

WYROK
z dnia 6 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Aneta Mlącka**

Andrzej Niwicki

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Leszka Jakubowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „LECHBUD”, 62-050 Mosina, ul. Strzelecka 78** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Śremskie TBS Sp. z o.o., 63-100 Śrem, ul. Grota Roweckiego 31** protestu z dnia **25 stycznia 2010 r.**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Realizacji Budownictwa „PARTNER” Sp. z o.o., 64-100 Leszno, ul. Okrężna 10** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się.

2. Kosztami postępowania obciąża Śremskie TBS Sp. z o.o., 63-100 Śrem, ul. Grota Roweckiego 31 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złotych zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Leszka Jakubowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „LECHBUD”, 62-050 Mosina, ul. Strzelecka 78;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złotych zero groszy) przez **Śremskie TBS Sp. z o.o., 63-100 Śrem, ul. Grota Roweckiego 31** na rzecz **Leszka Jakubowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „LECHBUD”, 62-050 Mosina, ul. Strzelecka 78** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Leszka Jakubowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „LECHBUD”, 62-050 Mosina, ul. Strzelecka 78.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Śremskie TBS Spółka z o.o. w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie inwestycji pn. *„Budowa 3 budynków mieszkalnych 16 rodzinnych przy ul. Żurawiej w Śremie łącznie z wykonaniem robót drogowych, miejsc postojowych, sieci i przyłączy oraz małej architektury (nr postępowania MC-0510/38/09”*, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 grudnia 2009 r., poz. 437298, wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty „PARTNER” Sp. z o.o. oraz odrzuceniu oferty Leszka Jakubowskiego (odwołującego), przedsiębiorca ten wniósł 27 stycznia 2010 r. protest do zamawiającego. O czynności zamawiającego odwołujący powziął wiedzę w dniu 22 stycznia 2010 r. ze strony internetowej, a w dniu 25 stycznia 2010 r. z doręzonego mu pisma zamawiającego – ogłoszenia o wyborze oferty (z dnia 21.01.2010 r.) Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 8 lutego 2010 r. doręczonym odwołującemu w dniu 10 lutego 2010 r. oddalając go. Od takiego rozstrzygnięcia odwołujący wniósł w dniu 15 lutego 2010 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty zgłoszone w proteście naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 22, art. 26, art. 89 i art. 91 ustawy PrZamPubl, do

których doszło na skutek odrzucenia oferty odwołującego i dokonania wyboru oferty innego wykonawcy. Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego, który odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl wskazując na niezgodność polegającą na braku zamieszczenia we wzorze umowy klauzuli „akceptuję warunki umowy”, co naruszało zapis pkt VI.17 SIWZ. Ponieważ zamawiający uznał, iż oferta podlega odrzuceniu nie wzywał odwołującego do uzupełnienia dokumentu – wykazu osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie, w związku z brakiem uwzględnienia w załączniku nr 5 wykonawcy (podwykonawcy), który został wskazany w załączniku nr 3 do wzoru umowy. Odwołujący odwołał się do zapisu pkt VI.17 siwz, który wskazywał na sposób dokonania akceptacji wzoru umowy, poprzez „jej podpisanie na ostatniej stronie w miejscu przeznaczonym na podpis Wykonawcy oraz dołącza do sporządzonej oferty wypełniając swoje propozycje w § 11 i § 15 – załącznik nr 6”. Odwołujący wypełnił swoje propozycje we wzorze umowy, złożył podpis na ostatniej stronie i załączył do oferty, co powinno być uznane, jako akceptacja wzoru umowy. Dodatkowo w formularzu ofertowym odwołujący złożył oświadczenie o akceptacji bez zastrzeżeń wymagań stawianym wykonawcom oraz postanowień umowy, co wskazuje również na akceptację wzoru umowy, stanowiąc o braku podstawy do odrzucenia oferty. Na taką ocenę wskazywać ma również zapis siwz w brzmieniu „nie podpisanie wzoru umowy lub nie zawarcie klauzuli „akceptuję warunki umowy” skutkować będzie odrzuceniem oferty”. Odwołujący rozumiał ten zapis jako dopuszczający opcjonalnie sposób potwierdzenia akceptacji wzoru umowy, albo przez jego popisanie, lub zamieszczenie klauzuli.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w dążeniu do uzyskania przedmiotowego zamówienia i przywrócenia jego oferty do oceny i wyboru.

Na podstawie treści oferty odwołującego oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skład orzekający Izby uznał, iż oferta odwołującego jest zgodna z siwz.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt VI ppkt 17 wymagał od wykonawców złożenia akceptacji wzoru umowy, wynikającego z treści postanowienia: „Wykonawca akceptuje wzór umowy poprzez jej podpisanie na ostatniej stronie w miejscu przeznaczonym na podpis Wykonawcy oraz dołącza do sporządzonej oferty wypełniając swoje propozycje w : § 11 i § 15 – **załącznik nr 6. Nie podpisanie wzoru umowy lub nie zawarcie klauzuli „akceptuję warunki umowy” skutkować będzie odrzuceniem oferty.**”

Odwołujący załączył do oferty wypełniony i podpisany załącznik nr 6 – wzór umowy (str. 73-82 oferty). Ponadto w formularzu ofertowym na stronie 2 w pkt VII.4 złożył oświadczenie o treści: „Oświadczamy, że załączone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania stawiane wykonawcy oraz postanowienia umowy zostały przez nas zaakceptowane bez zastrzeżeń i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”.

Na podstawie tak ustalonej treści oferty Izba uznała, iż odwołujący zaakceptował wzór umowy opracowany przez zamawiającego w załączniku nr 6 do siwz. Brak zamieszczenia na wypełnionym przez wykonawcę i podpisanym wzorze umowy klauzuli „akceptuję wzór umowy”, nie pozwalał na stwierdzenie niezgodności oferty z siwz. W ocenie Izby, oświadczenie odwołującego złożone na formularzu ofertowym było wystarczające dla potwierdzenia akceptacji wzoru umowy. Również przez samą czynność podpisania wypełnionego w § 11 i § 15 wzoru umowy, odwołujący zaakceptował wzór umowy, tj. przyjął na siebie zobowiązanie do zawarcia umowy w kształcie nadanym przez zamawiającego. W tych okolicznościach decyzja zamawiającego o uznaniu oferty odwołującego za niezgodną z treścią siwz, nie znajdowała uzasadnienia i podlegała uchyleniu. Zamawiający w sposób dalece formalistyczny podszedł do stosowania zapisu punktu VI pkt 17 siwz, pomijając przy tym treść oświadczeń odwołującego wynikających z formularza ofertowego, jak również z czynności podpisania wypełnionego wzoru umowy. Zdaniem Izby, za wystarczające dla potwierdzenia akceptacji wzoru umowy należało uznać złożenie podpisu na ostatniej stronie wypełnionego w § 11 i § 15 załącznika nr 6. Miejsce zamieszczenia dodatkowego oświadczenia o „akceptacji wzoru umowy” nie mogło mieć znaczenia dla oceny treści zobowiązania wykonawcy.

Ponieważ zamawiający dokonując odrzucenia oferty odwołującego wskazał dodatkowo na brak dotyczący „wykazu osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie”, polegający na nie ujęciu na stronie 39 oferty podwykonawcy robót elektrycznych, okoliczność ta podlegała rozpoznaniu przez Izbę. Na podstawie treści oferty Izba ustaliła, iż odwołujący w wykazie osób i podmiotów znajdującym się na stronie 39 oferty, wskazał kierowników robót, natomiast nie uwzględnił w tym dokumencie podmiotu wskazanego w dalszej treści oferty – w wykazie robót, które można powierzyć podwykonawcom (str. 84 oferty). Izba wskazuje, iż zamawiający nie może badać doświadczenia, czy też zdolności podwykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Ponieważ odwołujący w załączniku nr 5 wskazał osoby, jakich zamawiający wymagał w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt V.1 ppkt 2 lit. b siwz, których uprawnienia nie były kwestionowane przez zamawiającego, doświadczenie, jak również uprawnienia podwykonawcy nie stanowiły przedmiotu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Na tej podstawie Izba uznała, iż zamawiający w sposób błędny uznał, iż w załączniku nr 5 wykonawca winien wskazać informacje dotyczące podwykonawcy robót elektrycznych, którego nie należy zaliczać do kręgu osób i podmiotów, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż zamawiający dokonał czynności oceny oferty odwołującego w sposób naruszający art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl uznając, iż podlega ona odrzuceniu.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....