

Sygn. akt KIO/UZP 228/10

**WYROK/POSTANOWIENIE**

**z dnia 30 marca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska**

**Członkowie: Małgorzata Rakowska**

**Ewa Sikorska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu **25 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Krzysztofa Strzelczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Wielobranżowych Krzysztof Strzelczyk, 82-550 Prabuty, ul. Rypińska 66** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Zalewo, 14-230 Zalewo, ul. Częstochowska 8** protestu z dnia **22 stycznia 2010 r.**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum RuBeCo- Drogmas oraz RuBeCo Sp. z o.o., unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Zalewo, 14-230 Zalewo, ul. Częstochowska 8 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Krzysztofa Strzelczyka**

**prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Wielobranżowych Krzysztof Strzelczyk, 82-550 Prabuty, ul. Rypińska 66,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Zalewo, 14-230 Zalewo, ul. Częstochowska 8** na rzecz **Krzysztofa Strzelczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Wielobranżowych Krzysztof Strzelczyk, 82-550 Prabuty, ul. Rypińska 66** 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 **Krzysztofa Strzelczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Wielobranżowych Krzysztof Strzelczyk, 82-550 Prabuty, ul. Rypińska 66.**

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

Gmina Zalewo zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na przebudowę drogi gminnej do miejscowości Matyty od drogi powiatowej nr 1307 N Zalewo – Jerzwałd.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 14 grudnia 2009 r. Tego dnia ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 427552 – 2009 oraz na tablicy ogłoszeń w siedzibie Urzędu Miejskiego w Zalewie.

Krzysztof Strzelczyk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Wielobranżowych Krzysztof Strzelczyk zwany dalej „Odwołującym” został w dniu 18 stycznia 2010 r. (pismem z tej samej daty) zawiadomiony przez Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, bowiem jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków ze względu na brak w ofercie Załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. wzoru

umowy. Zamawiający przywołał treść rozdziału XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „siwz”) zatytułowanego „Istotne dla stron postanowienia umowy” wskazując, iż na mocy tego postanowienia siwz załączony do oferty wzór umowy winien być parafowany. Tego samego dnia Odwołujący został poinformowany o wyborze przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum RuBeCo-Drogmas oraz RuBeCo Sp. z o.o.

Na czynność odrzucenia swojej oferty Odwołujący wniósł pismem z dnia 22 stycznia 2010 r. protest (wpływ do Zamawiającego w tym samym dniu, co potwierdza prezentata) zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3, art. 25 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy oraz wniósł o:

- uwzględnienie protestu,
- unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty,
- ponowną ocenę ofert,
- wybór jego oferty.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, iż w jego ocenie czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu jego oferty ze względu na niezgodność jej treści z treścią siwz nie znajduje uzasadnienia faktycznego ani prawnego. Wskazał, iż art. 25 ust. 1 ustawy stanowi, że „w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”. Jako niezbędny dokument lub oświadczenie należy uznać taki, bez którego nie jest możliwe prawidłowe przeprowadzenie postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty. Odwołujący argumentował, iż stawianie wykonawcom wymogu, by przedłożyli zaakceptowany wzorzec umowy, wykracza poza zakres dokumentów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Treść wzoru umowy to głównie odzwierciedlenie informacji, które wynikają wprost z treści oferty (strony umowy, czas realizacji zamówienia, wysokość wynagrodzenia, etc.) i jego akceptacja nie wpływa w żaden sposób na treść oferty. Wzór umowy nie zawiera też żadnych istotnych dodatkowych zapisów, które miałyby lub mogłyby mieć wpływ na ocenę oferty. Ponadto wskazał na złożone przez siebie na formularzu oferty oświadczenia, że w razie wybrania jego oferty zobowiązuje się do zawarcia umowy na warunkach określonych w siwz oraz w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego oraz że akceptuje warunki określone we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 6. Odwołujący stwierdził, iż z przywołanych oświadczeń jednoznacznie wynika jego akceptacja treści wzoru umowy i nie można mieć wątpliwości, że dodatkowe jego oświadczenie w postaci na przykład parafowania tego wzoru i załączania go do oferty, w jakikolwiek sposób tą akceptację by wzmocniło. Zatem zarzut dotyczący nie załączenia do oferty wzoru umowy należy uznać zdaniem Odwołującego za nie mający

charakteru merytorycznego i nie odnoszący się do treści oferty. Tym samym nie może więc on stanowić podstawy do jej odrzucenia. Niezgodność treści oferty z treścią siwz ma miejsce w sytuacji, gdy oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w siwz co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreśla, iż owa „nieodpowiedniość” treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych określonych w siwz. Dodał, iż nawet jeżeli Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego zawierała braki, winien wezwać do jej uzupełnienia w wyznaczonym terminie stosując procedurę określoną przepisem art. 26 ust. 3 ustawy. Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do odrzucenia jego oferty, która spełnia wszystkie warunki zawarte siwz.

Zamawiający pismem z dnia 5 lutego 2010r. oddalił protest Odwołującego w całości. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podniósł, iż bezspornym jest, że wykonawca złożył ofertę bez wymaganego załącznika nr 6 do siwz (załącznik ten obejmował wzór umowy, który miał być przez wykonawcę parafowany). Dodał także, że nie może budzić wątpliwości fakt, iż w rozdziale XVI pkt pn. „Istotne dla stron postanowienia umowy” w pkt 1. w sposób wyraźny wskazana została konieczność parafowania przez wykonawcę przedmiotowego wzoru umowy. Podniósł, że Zamawiający związany jest postanowieniami siwz w takim samym stopniu jak wykonawcy, co oznacza, że nie może on stosować swobody co do żądania tylko od niektórych wykonawców przedłożenia dokumentów wymienionych w treści siwz, która to specyfikacja stanowi swoistą instrukcję dla wykonawców, w jaki sposób mają sporządzić poprawną ofertę. Jeżeli wykonawcy postąpią zgodnie z tą instrukcją, Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy ani odrzucić jego oferty. Ponadto wykonawca miał możliwość wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących siwz. Podkreślił także, iż brak dołączonego wzoru umowy (parafowanego przez wykonawcę) nie podlega procedurze uzupełnienia, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazał, iż Zamawiający zapewnił zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców właśnie przez odrzucenie ofert tych wykonawców, którzy złożyli ofertę bez parafowanego wzoru umowy.

W konsekwencji ww. stanowiska Zamawiającego Odwołujący nadał w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 9 lutego 2010 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a kopię odwołania przekazał w tym samym dniu Zamawiającemu (prezentata).

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania, zgłoszone w proteście.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia Stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w pkt. VI.1.1.1. siwz wymagał, aby w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, wykonawca przedłożył wypełniony i podpisany formularz ofertowy wg wzoru - załącznik nr 1 do siwz. We wzorze formularza ofertowego zostały sformułowane oświadczenia o treści:

- w pkt.1.4. *„Oświadczamy, iż w razie wybrania naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ oraz w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego”*,
- w pkt.1.6. *„Akceptuję warunki określone we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 6”*.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wypełniony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do siwz Formularz oferty zawierający wszystkie wymagane oświadczenia.

Ponadto pkt. XVI 1. siwz Zamawiający poinformował wykonawców, iż *„Wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Wykonawca otrzymał od Zamawiającego wzór umowy na wykonanie zamówienia, stanowiący załącznik nr 6, który wymaga parafowania przez Wykonawcę”*.

Odwołujący nie załączył do oferty wzoru umowy, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 siwz i wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum RuBeCo- Drogmas oraz RuBeCo Sp. z o.o.

**Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba stwierdziła, iż Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust.1 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż wobec naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznając zarzuty odwołania Izba w pierwszej kolejności zauważyła, iż - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - w żadnym miejscu siwz nie zostało sformułowane

wymaganie, aby wykonawcy wraz z ofertą złożyli parafowany wzór umowy. Wniosku takiego nie można z całą pewnością wyprowadzić z brzmienia pkt. XVI 1. siwz - „Istotne dla stron postanowienia umowy”, zgodnie z którym *„Wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Wykonawca otrzymał od Zamawiającego wzór umowy na wykonanie zamówienia, stanowiący załącznik nr 6, który wymaga parafowania przez Wykonawcę”*. W ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw, by z przywołanego postanowienia siwz wywodzić obowiązek dla wykonawców do przedłożenia wraz z ofertą parafowanego wzoru umowy. Nawet jednak, gdyby Zamawiający wprost zażądał w siwz, aby wykonawcy załączyli do składanych przez siebie ofert parafowany wzór umowy w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym wymaganie takie należałoby uznać za nadmierne i nieuzasadnione, a parafowany wzór umowy załączony do oferty nie stanowiłby o jej treści, a zatem nie podlegałby analizie pod względem zgodności z treścią siwz.

W powyższym zakresie Izba podziela pogląd Odwołującego zawarty w odwołaniu, iż użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść siwz to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy musi być zgodne z opisanym w siwz przedmiotem zamówienia. O zgodności treści oferty z treścią siwz przesądza ich porównanie. Za trafne zatem trzeba uznać argumenty Odwołującego, że niezgodność treści oferty z treścią siwz należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony potraktował brak załączenia wzoru umowy do oferty jako niezgodność treści oferty z treścią siwz, czym naruszył dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Takie działanie Zamawiającego jest tym bardziej nieuzasadnione, iż Odwołujący zawarł w swojej ofercie oświadczenie, że *„w razie wybrania naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ oraz w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego”*. Ponadto wprost stwierdził, iż *„Akceptuję warunki określone we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 6”*.

Uwzględniając powyższe na podstawie art. 191 ust. 1a ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając postanowienia rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Elblągu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....