

**WYROK**

**z dnia 8 kwietnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 marca 2011 r. przez **Annę Rej prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Biuro Konstrukcyjne REJPROJEKT, ul. Siolkowa 336, 33-330 Grybów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach, ul. Pyskowicka 54, 42-600 Tarnowskie Góry,**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach, ul. Pyskowicka 54, 42-600 Tarnowskie Góry i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Annę Rej prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Biuro Konstrukcyjne REJPROJEKT, ul. Siolkowa 336, 33-330 Grybów tytułem wpisu od odwołania.**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach, ul. Pyskowicka 54, 42-600 Tarnowskie Góry na rzecz Anny Rej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Biuro Konstrukcyjne REJPROJEKT, ul. Siolkowa 336, 33-330 Grybów stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 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 Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Wykonanie w 6 egzemplarzach (w tym 1 egzemplarz w formie elektronicznej) dokumentacji technicznych dla następujących zadań: a) Przebudowa mostu w ciągu drogi 2352 S w miejscowości Kalety w ciągu ulicy Drozdka i/lub b) Przebudowa mostu w ciągu drogi 2335 S w miejscowości Zielona w gminie Kalety.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP pod nr 74263 – 2011 w dniu 5 marca 2011 r.

Wykonawca Anna Rej prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Biuro Konstrukcyjne REJPROJEKT z siedzibą w Grybowie wniosła odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej Pzp, do uzupełnienia braków w ofercie oraz wobec wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Odwołujący zarzucił naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp na skutek wykluczenia odwołującego z postępowania w związku z niezłożeniem w ofercie zaakceptowanego projektu umowy. Zdaniem odwołującego, brak ten nie może być powodem odrzucenia oferty wobec treści oświadczeń zawartych w pkt 2 i 4 Formularza ofertowego, które potwierdzają, że odwołujący w sposób jednoznaczny zaakceptował Istotne Postanowienia Umowne.

Odwołujący wniosł o: unieważnienie czynności odrzucenia oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający wykluczył odwołującego, gdyż zgodnie z zapisami rozdziału VI siwz do oferty należało dołączyć „podpisany i opieczętowany wzór Istotnych Postanowień Umownych (załącznik nr 3 do specyfikacji)”. Jednocześnie w formularzu ofertowym złożonym w ofercie przez odwołującego widnieją zapisy:

- pkt 2 formularza ofertowego „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z dokumentami przetargowymi. Do dokumentów przetargowych nie wnosimy żadnych zastrzeżeń oraz akceptujemy wzór istotnych postanowień umowy.”
- pkt 4 formularza ofertowego „W przypadku wygrania przetargu zobowiązujemy się do zawarcia umowy w terminie podanym przez Zamawiającego”.

Zdaniem odwołującego, dodatkowe wymaganie załączenia podpisanego wzoru umowy należy uznać za nadmierne i nieuzasadnione wobec jednoczesnego wymagania złożenia oświadczenia o akceptacji wzoru Istotnych Warunków Umownych. Parafowany wzór

umowy załączony do oferty, w sytuacji złożenia stosownego oświadczenia, nie stanowiłby o treści oferty, a zatem nie podlegałby analizie pod względem zgodności z treścią siwz.

Zamawiający powołując się na art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp wykluczył odwołującego, z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy odwołujący podpisał i opieczetował oświadczenie o akceptacji Istotnych Postanowień Umownych zawarte w formularzu ofertowym, pkt 2, a tym samym jednoznacznie zaakceptował Istotne Postanowienia Umowne.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp „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. Zgodnie natomiast z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp, gdyby oferta zawierała braki zamawiający winien wezwać do jej uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Do odwołującego nie wpłynęło żadne pismo w sprawie uzupełnienia braków.

Treść wzoru umowy to głównie odzwierciedlenie informacji, które wynikają wprost z treści oferty i jego akceptacja nie wpływa w żaden sposób na treść oferty. Treść oferty 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. O zgodności treści oferty z treścią siwz przesądza ich porównanie w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. W tym przypadku merytorycznym wymogiem zamawiającego wynikającym z siwz było, aby wykonawca zobowiązał się do świadczenia usługi zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach określonych we wzorze umowy. Wymóg ten znalazł odzwierciedlenie w treści złożonej oferty albowiem w formularzu ofertowym odwołujący złożył stosowne oświadczenia.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone w toku rozprawy przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący wypełnia przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania.

Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w pkt 2 (str 6) siwz wskazał, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest załączyć do oferty m.in.: „a) wypełniony, podpisany i opieczetowany przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy formularz ofertowy według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszej SIWZ”, a także „d) podpisany i opieczetowany wzór istotnych postanowień umownych (załącznik nr 3) wraz ze Szczegółową Specyfikacją Techniczną (SST) będącą załącznikiem nr 7 do SIWZ”.

Odwołujący nie załączył do oferty podpisanego wzoru umowy. Odwołujący złożył w ofercie formularz ofertowy zawierający w pkt 2 oświadczenie o treści: „zapoznaliśmy się z dokumentami przetargowymi. Do dokumentów przetargowych nie wnosimy żadnych zastrzeżeń oraz akceptujemy wzór istotnych postanowień umowy.” oraz w pkt 4 formularza ofertowego: „W przypadku wygrania przetargu zobowiązujemy się do zawarcia umowy w terminie podanym przez Zamawiającego.” Okoliczności powyższe były niesporne pomiędzy stronami.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba uznała, że zarzut zaniechania wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia braku w ofercie w postaci podpisanego wzoru umowy nie potwierdził się.

Uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp może dotyczyć jedynie oświadczeń i dokumentów składanych w ofercie w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub oświadczeń i dokumentów składanych w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego w siwz albo pełnomocnictw. Podpisany wzór umowy nie jest żadnym z ww. oświadczeń bądź dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, dlatego nie może podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący wykluczenia odwołującego z postępowania z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba zważyła, że brak załączenia do oferty podpisanego wzoru umowy nie może być powodem odrzucenia oferty jako niepowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W szczególności należy zwrócić uwagę, że odwołujący złożył w ofercie - w pkt 2 i 4 formularza ofertowego oświadczenia, które w pełni potwierdzają, że wykonawca w sposób jednoznaczny zaakceptował Istotne Postanowienia Umowne, zawarte we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 3 do siwz, który stanowi zarazem integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Treść oferty jest oświadczeniem (zobowiązaniem) wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, zgodnie z wymaganiami zamawiającego

zawartymi w siwz, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że jedynie merytoryczna niezgodność treści oferty z treścią siwz może skutkować uznaniem, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W badanym postępowaniu merytorycznym wymogiem zamawiającego wynikającym z siwz było, aby wykonawca zobowiązał się do świadczenia usługi zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach określonych we wzorze umowy. Wymóg załączenia podpisanego wzoru umowy de facto stanowi powielenie oświadczenia o zaakceptowaniu Istotnych Postanowień Umownych, które należało złożyć w formularzu ofertowym.

W świetle powyższego, niedołączenie do oferty podpisanego wzoru umowy nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji w sensie merytorycznym. Spełnienie wymogu zamawiającego co do zaakceptowania w ofercie Istotnych Postanowień Umownych zawartych we wzorze umowy znalazło jednoznaczne odzwierciedlenie i potwierdzenie w treści oferty, albowiem w formularzu ofertowym odwołujący złożył stosowne oświadczenia w powyższym zakresie.

Brak złożenia w ofercie podpisanego wzoru umowy może być uznany w okolicznościach tej sprawy wyłącznie za brak formalny, który nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podkreślić należy, że niewątpliwy formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a zatem niespełnienie wymagań czysto formalnych nie może skutkować odrzuceniem oferty, która jest zgodna z merytorycznymi wymaganiami zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że zamawiający niezasadnie dokonał wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz uznania, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Izba uznała jednocześnie, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, a zatem w przypadku uznania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, oferta odwołującego będzie podlegała uznaniu za najkorzystniejszą. Zamawiający jest zatem zobowiązany do dokonania badania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego, w tym do ewentualnego wezwania odwołującego do uzupełnienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz powtórzenia czynności oceny ofert.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, orzekając jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 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:**

.....