

**WYROK**

**z dnia 15 lutego 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**     **Andrzej Niwicki**

**Członkowie:**         **Izabela Niedziałek**  
                              **Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant:**        **Lidia Ziółkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie\* w dniu/w dniach\* 15.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firmę Usługową NOWAK Jarosław Nowak, ul. Gagarina 10, 57-600 Bystrzyca Kłodzka** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Gmina Międzyzlesie, pl. Wolności 1, 57-530 Międzyzlesie, pl. Wolności 1, 57-530 Międzyzlesie** protestu/protestów\* z dnia 9 stycznia 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołującego i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu**

**2. kosztami postępowania obciąża Miasto Gmina Międzyzlesie, pl. Wolności 1, 57-530 Międzyzlesie, pl. Wolności 1, 57-530 Międzyzlesie i nakazuje:**

- 1)        zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

- wpisu uiszczanego przez **Firmę Usługową NOWAK Jarosław Nowak, ul. Gagarina 10, 57-600 Bystrzyca Kłodzka;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 829 zł 28 gr** (słownie: siedem tysięcy osiemset dwadzieścia dziewięć złotych dwadzieścia osiem groszy) przez **Miasto Gmina Międzylesie, pl. Wolności 1, 57-530 Międzylesie, pl. Wolności 1, 57-530 Międzylesie** na rzecz **Firmy Usługowej NOWAK Jarosław Nowak, ul. Gagarina 10, 57-600 Bystrzyca Kłodzka**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zaliczonych z kwoty uiszczanego przez Odwołującego wpisu oraz kosztów pełnomocnika, dojazdu oraz noclegu;
  - 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz **Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;**
  - 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych **Urzędu Zamówień Publicznych** na rzecz **Firmy Usługowej NOWAK Jarosław Nowak, ul. Gagarina 10, 57-600 Bystrzyca Kłodzka.**

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

Odwołując się od rozstrzygnięcia protestu wniesionego dnia 10 stycznia 2008 r., Wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę sieci kanalizacji sanitarnej, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 223, poz. 1655). Wskazał, że wraz z ofertą przedłożył wymagany w części IX SIWZ, dokument wystawiony przez bank, potwierdzający spełnienie warunku określonego przez zamawiającego w części VIII SIWZ pkt 2 litera L. Dokument ten potwierdza spełnienie warunku posiadania zdolności finansowej do wykonania zamówienia. Zamawiający zakwestionował upływ terminu ważności tego dokumentu /3 mies./, a następnie pismem z dnia 3 stycznia br. zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że w treści SIWZ nie określono daty ważności wymaganego dokumentu i wskazał, że powołany przepis ma zastosowanie, z zastrzeżeniem przepisu art. 26 ust. 3, który wymaga uprzedniego żądania uzupełnienia złożonych dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1, jeżeli zawierają błędy. Tym samym Odwołujący nie zgadza się z interpretacją Zamawiającego, który uznał, że złożona oferta

podlega odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp bez wymogu zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy.

Ponadto zarzucił, że w zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania Zamawiający wskazał, że podstawą prawną odrzucenia oferty jest przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w sytuacji, gdy treść oferty była zgodna ze specyfikacją, a niezgodność wg Zamawiającego dotyczyła treści załącznika nr 3 do oferty w postaci wzoru umowy. Zamawiający pominął również okoliczność, że załącznikiem do wzoru umowy (załącznik nr 3 do oferty) jest harmonogram rzeczowo – terminowy (finansowy) robót, który jest zgodny z treścią specyfikacji. Podniósł przy tym, że częściowo błędne wypełnienie wzoru umowy jedynie w zakresie wskazania dat, było oczywistą omyłką pisarską spowodowaną przesunięciem terminu składania ofert. Powyższe uchybienia nie dawały możliwości wykluczenia z postępowania. Z SIWZ nie wynikało jego zdaniem, że wzór umowy jest częścią oferty i należy go złożyć wraz z ofertą.

Podniósł ponadto, że jego oferta spełniała wszystkie warunki określone w SIWZ i była najkorzystniejsza pod względem ceny.

Wskazując powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia jego z postępowania i nakazanie dokonania czynności badania i oceny złożonych ofert.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że żaden z zarzutów odwołania nie zasługuje na uwzględnienie. Wniósł o odrzucenie odwołania, w którym powołane są inne podstawy prawne niż w proteście.

Ponadto wskazał, że nie miał obowiązku podania w SIWZ okresu ważności wymaganych dokumentów, gdyż o tym okresie przesądza przepis rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). W przypadku kwestionowanego dokumentu okres ten wynosi 3 miesiące, a wobec faktu, że złożony dokument posiada datę wystawienia 12.09.2007 r., a termin składania ofert minął 28.12.2007 r., to na dzień otwarcia ofert dokument okazał się nieaktualny.

Zamawiający w trakcie badania oferty ujawnił wadę złożonej oferty, polegającą na niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skutkującą odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1. W tej sytuacji nie był zobowiązany do wezwania, o którym mowa w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu Zamawiający stwierdził, że zakres oczywistych omyłek, do których poprawienia jest zobowiązany, określa przepis art. 87 ust. 2 w formie zamkniętego katalogu mimo braku ustawowej definicji oczywistej omyłki. W wyniku poprawy oczywistej omyłki nie może jednak ulec zmianie treść oferty. Wskazał, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 treścią SIWZ może być załączony projekt umowy, w którym zamawiający

określa warunki, na jakich chce, aby wykonawca zawarł z nim umowę. Podpisanie projektu umowy i załączenie do oferty stanowi jej treść. Warunkiem umowy były między innymi terminy realizacji poszczególnych etapów zamówienia. Trudno zatem jest uznać zdaniem Zamawiającego, że rozbieżności pomiędzy datami określonymi przez zamawiającego w treści SIWZ (wzorzec umowy), a datami umieszczonymi w załączniku do oferty, są omyłkami pisarskimi, które Zamawiający mógł sam poprawić, tym bardziej, że daty umieszczone we wzorze umowy posiadają dla zamówienia znaczenie podstawowe. Wskazując na powyższe wniósł o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym postanowień SIWZ i treści oferty oraz stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Oceniając zarzut dotyczący dokumentu, którego termin ważności upłynął, należy przyznać rację Zamawiającemu, że potwierdzenie spełnienia opisanego przez Zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę określonej sytuacji finansowej uprawnia do żądania dokumentów wymienionych w SIWZ z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). W zakresie żądanej informacji banku o wysokości środków finansowych Zamawiający nie wskazał okresu ważności tej informacji, przyjmując, że zgodnie z § 2 ust. 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia, informacja banku powinna być wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Tym samym wniosek, że złożony dokument z przekroczeniem terminu określonego w rozporządzeniu nie jest informacją potwierdzającą spełnienie wymaganego warunku, jest uzasadniony. W istocie rzeczy dokument taki nie ma znaczenia w prowadzonym postępowaniu, a w konsekwencji powinien być uznany jako nieistniejący. Sytuacja ta nie uprawnia jednak Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy tj. wezwania wykonawcy, który nie złożył wymaganego dokumentu, do jego uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Dopiero bezskuteczność takiego wezwania powoduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Ustawodawca zwalnia jednak Zamawiającego z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, jeżeli mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

W tym kontekście znaczenie ma ocena drugiego zarzutu, którego przedmiotem jest stwierdzenie przez Zamawiającego rozbieżności pomiędzy terminami wykonania kolejnych etapów zamówienia i zakończenia prac opisanych w parafowanym projekcie umowy, w stosunku do wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ustalenie

powyższe stało się podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy.

Oceniając, czy załączony do oferty parafowany projekt umowy, stanowi treść oferty skład orzekający Izby w niniejszej sprawie stwierdza, że nie ma podstaw do wyłączenia z zakresu objętego treścią oferty informacji stanowiących oświadczenie woli wykonawcy potwierdzające zamiar wykonania umowy na warunkach opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do warunków tych należy również wskazanie terminu wykonania umowy oraz terminów wykonania poszczególnych etapów inwestycji zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawca złożył parafowany projekt umowy, będący załącznikiem nr 3 do oferty. Należy wskazać, że projekt umowy jest częścią oferty, a jego treść musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 82 ust. 3 ustawy).

Jak wynika z dokumentacji postępowania termin wykonania umowy i jej poszczególnych etapów został przez Zamawiającego zmodyfikowany.

Wprowadzone zmiany zostały uwzględnione przez Odwołującego w treści formularza ofertowego oraz załączonego harmonogramu rzeczowo finansowym, natomiast treść § 4 wzoru umowy, parafowanego przez Odwołującego, pozostała niezmienną.

Stwierdzona rozbieżność w treści oferty nie oznacza jednak powstania bezpośredniej przyczyny jej odrzucenia. Z informacji dla wykonawców o dokonanych modyfikacjach nie wynikał bowiem wprost obowiązek wprowadzenia zmian terminów realizacji umowy do wszystkich załączników składanych z ofertą. Zamawiający nie przekazał również uczestnikom tych załączników do SIWZ z modyfikacją treści SIWZ. Powyższe nie może powodować negatywnych konsekwencji względem wykonawców składających swoje oferty w postępowaniu. W świetle tych rozbieżności Zamawiający powinien w toku badania i oceny ofert w trybie art. 87 ust. 1 zażądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, odnoszących się do deklarowanych terminów realizacji poszczególnych etapów inwestycji.

Podjęte ustalenia w zakresie dokonanej modyfikacji postanowień SIWZ z niejednoznaczną informacją dla wykonawców, co do sposobu uwzględnienia zmian w treści złożonych ofert, wskazują na konieczność przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, uznając jednocześnie za uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu dojazdu, noclegu i koszty pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\_\_\_\_\_

\* *niepotrzebne skreślić*